# ISTITUZIONI

DI

# DIRITTO ROMANO

# ISTITUZIONI

DI

# DIRITTO ROMANO

COMPARATO AL DIRITTO CIVILE PATRIO

dell' Avvocato

COMM. FILIPPO SERAFINI

Professore di Diritto Romano nella R. Università di Pisa
e Direttore dell'*Archivio Giuridico.*

PARTE PRIMA

Seconda Edizione

FIRENZE,
GIUSEPPE PELLAS, EDITORE
1875.

*Ad Ercole Staurenghi*

A' miei figli tu fosti, assai più che zio, padre affettuosissimo, e la mia gratitudine non potrà mai essere pari alle cure amorosissime che tu prodigasti loro. La gentilezza del tuo animo però saprà farti aggradire questo libro che, per non poter fare di meglio, io ti dedico quale attestato d'un cuore riconoscente.

Se esso è piccola cosa, è grande l'affetto con cui te lo presenta

*Il tuo*
FILIPPO SERAFINI.

# PREFAZIONE

Ecco la seconda edizione di un' operetta pubblicata la prima volta nel 1858 e, come questa, a servigio degli studenti. Queste poche parole basterebbero a presentarla al pubblico, se si trattasse realmente di una ristampa; ma invece pur rimanendo identico il titolo e l' argomento, la diversità della trattazione e della materia è tanta, che sento dover accennare all' intendimento del lavoro e allo scopo che mi sono proposto nell' accingermi a questa nuova pubblicazione.

« *Pochi principî ma chiari ed evidenti,* » ecco il motto che ho sempre avuto innanzi agli occhi ed a cui volentieri ho spesso sacrificato la vanità del comparire erudito. I giovani, ai quali principalmente consacro le mie cure, hanno bisogno di afferrare saldamente i principî sicuri ed esatti e sovratutto di non essere fin dalle prime spaventati dalla vastità della materia; imperocchè molti, sebbene non sprovvisti d' ingegno, messi d' un tratto nel gran pelago della giurisprudenza se ne ritraggono tosto scoraggiati, parendo loro di non poter mai giungere a sufficientemente scandagliarlo.

Le *Istituzioni*, dai tempi di Giustiniano a noi, sono state sempre destinate a scongiurare siffatto pericolo; epperò esse debbono, a parer mio, contenere soltanto gli elementi indispensabili a formare quel criterio giuridico che si svolge poi e si applica nello studio più profondo delle fonti e dei Codici: ma per *elementi* s' hanno ad intendere fondamenta, nè più nè meno. Di qui l' amore che spero non parrà mai soverchio, alla brevità; la quale ho cercato conseguire e nella forma e nella sostanza. Quanto alla prima m' è parso che, come a voce si conviene essere diffusi per meglio imprimere nella mente degli uditori i principî che si vengono esponendo, così d' altrettanto si debba essere parchi e suc-

cinti nello scrivere quando s'hanno a sottoporre i principî medesimi alla riflessione di chi legge; sì perchè è bene che ciascuno colga il vero rifacendo quasi la stessa strada battuta dallo scrittore, sì perchè la brevità della frase conferisce assai all'esattezza tanto necessaria in cosiffatte discipline. Quanto alla sostanza, molte cose ho tralasciato che avrebbero distratto di soverchio l'attenzione dello studioso, molte questioni ho accennato appena, alcune ho trattato alquanto distesamente perchè servano di esempio della applicazione dei principî.

Oltracciò ho riposto molta cura nell'ordine: nel quale ho seguito un sistema che ormai ha fatto fortuna dove lo studio del diritto è più in fiore e che tende a disporre la materia di guisa che non solo si sviluppi in modo conforme alla essenza degli istituti giuridici ed alla connessione che hanno fra di loro, ma che presenti eziandio come un quadro in cui la mente abbracci facilmente tutto l'insieme e distingua ad un tempo le parti da cui risulta.

Così tutti i miei sforzi furono consacrati a questo doppio lavoro di eliminazione e di assetto, a cui m'hanno persuaso la lunga esperienza dei giovani e la conoscenza del male che si fa pretendendo d'insegnare loro troppo ed alla rinfusa.

Da ultimo alle disposizioni del diritto romano ho aggiunto assai in succinto quelle del nostro codice, perchè i giovani non abbiano a dimenticare che essi debbono studiare il passato come guida del presente, e veggano dal confronto quanto ancora si tolga da quel tesoro di ragione riposto nel diritto di Roma.

Di tal guisa sa il lettore qual libro abbia fra mano: lo giudichi liberamente, ma non ponga mai in disparte i motivi che m'hanno indotto ad offrirglielo, affinchè non gli avvenga di trovare che troppo manchi alle sue aspettative. Se poi le mie forze non furono pari all'arduità dello scopo propostomi, invoco a mio favore il motto del Poeta:

Vagliami il lungo studio e il grande amore.

San Colombano al Lambro, *15 Settembre 1872.*

FILIPPO SERAFINI.

# INTRODUZIONE

## I.

### Significato del diritto romano in generale e delle Istituzioni in particolare.

Il diritto romano, nella più lata significazione della parola, è il complesso delle regole giuridiche che ebbero vigore presso il popolo romano nelle varie epoche della sua esistenza politica.

Esso suole distinguersi in diritto anteriore a Giustiniano, in diritto Giustinianeo, e in diritto posteriore a Giustiniano.

Col nome di diritto romano più propriamente s'intende il diritto Giustinianeo che fu in vigore presso quasi tutte le nazioni europee sino al declinare del secolo decimo ottavo, vige tuttora in molti Stati, ed è il tipo e il fondamento di tutte le legislazioni civili moderne.[1]

Il diritto giustinianeo si contiene nelle quattro seguenti collezioni, cioè *Institutiones*, *Digesta* (*seu Pandectæ*), *Codex constitutionum* e *Novellæ*. Di queste quattro collezioni, che unite assieme formano il così detto *corpus iuris civilis*, tratteremo più sotto ai capi IX, X e XI, ma fin d'ora giova osservare che le *Institutiones* furono da Giustiniano compilate pel comodo dei giovani che si iniziavano nella scienza legale.[2]

Anche nelle università moderne, e specialmente in quelle d'Italia e di Germania, lo studio del diritto romano è diviso in due corsi,

---

[1] In questi ultimi tempi il diritto romano fu abolito nella maggior parte degli Stati europei, ed in sua vece vennero pubblicati appositi codici di diritto civile: ma tutti questi codici nazionali hanno ciò di comune che si fondano intieramente sul diritto romano. Ciò vale specialmente pel codice civile del regno d'Italia. V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. §. 1.

[2] V. Arndts-Serafini, *Pand.* §. 2, e più sotto pag. 24-29.

l'uno dei quali, affatto elementare, è destinato ai principianti, e l'altro, consistente in una esposizione più estesa e particolareggiata di tutto il diritto romano, è destinato a coloro che sono già inoltrati nello studio della giurisprudenza.

Il primo porta il nome di *Istituzioni* di diritto romano, e il secondo quello di *Pandette*.

Le Istituzioni adunque, quali si insegnano nelle nostre università, non servono che d'introduzione allo studio più ampio delle Pandette, e consistono in una succinta esposizione sistematica del diritto romano giustinianeo, fonte principale del nostro diritto civile.

## II.

## Nozione del diritto, e sua divisione in diritto pubblico e privato, scritto e non scritto.

Il diritto è la norma del vivere comune (*regula agendi*). Esso potrebbe definirsi: la norma o il complesso delle norme prescritte alle azioni umane, e la cui esecuzione è garantita dal potere sociale.[1]

I Romani dividono il diritto in pubblico e privato, in scritto e non scritto.

*Diritto pubblico e privato.* — Il diritto pubblico regola i rapporti degli uomini considerati come membri di uno Stato, e risguarda direttamente l'interesse generale dei cittadini (*ius quod ad statum rei romanæ spectat*). Il diritto privato è quello che regola i rapporti dei cittadini fra di loro. Esso non contempla direttamente che l'interesse degli uomini considerati come individui, anzichè come membri di uno Stato (*ius quod ad singulorum utilitatem spectat*).

Al diritto privato, del quale noi dobbiamo esclusivamente occuparci, appartengono le norme che regolano la condizione delle persone, i modi diversi di acquistare, di trasferire e trasmettere la proprietà privata, le forme e l'effetto dei contratti fra i privati.

*Diritto scritto e non scritto.* — Il diritto scritto è quello che emana dal potere legislativo; il diritto non scritto è quello che

---

[1] Questa è la definizione del diritto in senso *obbiettivo*. Dei diritti in senso *subbiettivo* parleremo più sotto al § 1, a pag. 33 e seguenti

si forma da sè pel consenso comune dei conviventi, e si conosce più propriamente sotto il nome di diritto consuetudinario.

Nell' infanzia dei popoli tutto il diritto è consuetudinario. Così era anche nei primordi di Roma, dove i *mores maiorum* costituivano la fonte principale del diritto privato. Col progredire della civiltà e col continuo crescere dei bisogni si fa sempre maggiore il numero delle leggi, di guisa che a poco a poco il diritto scritto subentra al diritto consuetudinario e forma poi con questo un diritto solo, cioè il diritto positivo della nazione.

Il diritto scritto si forma diversamente a seconda delle epoche e della costituzione politica delle nazioni. Presso i Romani il diritto scritto comprendeva le leggi del popolo romano, i senatus consulti, gli editti dei magistrati, i responsi dei prudenti e le costituzioni dei principi.[1] Queste fonti del diritto scritto dei Romani meritano di essere esaminate separatamente.

## III.

## Leggi del popolo romano.

Le leggi del popolo romano sono *leges* in senso stretto o *plebiscita*. Questa divisione si collega colla istituzione dei comizi. Le deliberazioni prese dal popolo romano nei comizi curiati e centuriati chiamansi *leges*, quelle prese nei comizi tributi chiamansi *plebiscita*.

*Comizi curiati.* — I comizi curiati erano la più antica assemblea legislativa dei Romani. Il patriziato, in cui da principio risiedeva propriamente la sovranità, partecipava alla cosa pubblica per curie. Queste si radunavano nelle solennità comuni, e ogni qual volta il Re formalmente le invitava col mezzo dei littori, in quella parte del Foro, appiè del Campidoglio, che appunto da siffatte adunanze fu detto il comizio. E u lgoṭio era sacro e sacro il giorno, e l'assemblea tenevasi sotto l'impero di certi riti sacerdotali. Del resto i cittadini invitati dal Re in questi comizi curiati non dovevano interrogare o discutere, ma semplicemente udire la proposta e rispondere. I voti si davano per curie. Ognuna delle trenta curie, in cui era diviso il popolo sovrano, contava per un voto nello

[1] § 3 Inst. de iure nat. gent. et civ. I. 2. — Sul metodo di citare i passi delle istituzioni e delle altre collezioni giustinianee veggasi il capo X di questa introduzione, p. 24 e seg.

scrutinio, e la sorte decideva quale dovesse votare per la prima. Bastavano poi sedici voti alla maggioranza, e dopo raggiunto il numero legale le altre curie non erano più consultate. Nelle curie si votava per genti, ed ogni gente aveva una voce nello scrutinio della sua curia. Fra le altre attribuzioni, spettava a questi comizi la legislazione, mentre il Re non sembra avere avuto che l'iniziativa, e il senato non faceva che esaminare e discutere i progetti prima di presentarli al popolo.

*Comizi centuriati.* — Così durarono le cose fino ai tempi di Servio Tullio. Il quale, abbandonata la base religiosa e gentilizia della costituzione, attese a organare lo Stato in altro modo, prendendo per misura i rapporti locali e la ricchezza. Egli cominciò dall'accertare la popolazione, e la divise in cinque classi, a seconda che il censo ammontava a venti mila, quindici mila, dieci mila, o due mila assi; somme che poi, quando l'asse venne coniato più leggiero, si alzarono al quintuplo. Le classi alla lor volta si suddivisero in 193 centurie, e, avuto riguardo all'età, vennero distinti in ogni classe i giuniori e i seniori. Da questa classificazione della popolazione fatta da Servio Tullio ebbero origine i comizi per centurie, che, a distinguerli dagli antichi delle curie, nei quali campeggiava il principio del sangue, potrebbero dirsi i comizi della ricchezza. Essi, più vasti degli antichi, si aprivano anche alla plebe, e patrizi e plebei vi prendevano parte secondo il censo e l'età. I voti poi si davano per centurie, cominciando dalle diciotto dei cavalieri, e seguendo le ottanta centurie della prima classe, indi quelle della seconda, della terza, e così di seguito. Del resto la maggioranza assoluta poteva formarsi dalla prima classe unita alle diciotto centurie dei cavalieri, dopochè tutte le altre prese assieme non contavano che novanta voti; e così i più ricchi avevano quasi assicurata la prevalenza sugli altri. I comizi stessi avevano tutta l'impronta militare. In quanto alle loro attribuzioni, può dirsi in generale che fossero chiamati a deliberare sovra quei medesimi oggetti che prima furono sottoposti al voto delle curie, quindi anche sulle leggi. Così pure, non altrimenti che nei comizi curiati, spettava al Re il diritto di convocarli, previa autorità del senato; e parimente il modo con cui voleasi data la risposta era il medesimo, e perdurava la necessità dei riti religiosi e degli auspici, la cui conoscenza e interpretazione spettava pur sempre ai patrizi. Insomma questi comizi sottostavano ancora per tutto ciò all'influenza dei padri. Anzi quegli stessi comizi curiati continuarono

accanto agli altri delle centurie col diritto di ratificare, sulla solenne proposizione del senato e previ gli auspici, le deliberazioni prese nei comizi centuriati in fatto di leggi e di elezioni.

*Comizi tributi.* — La potenza della plebe doveva crescere più e più, e ne scoppiò una lotta col patriziato, la quale se dapprima mirò solo alla preservazione degli arbitri, finì poi colla pretesa di partecipazione all'imperio. Origine questa dei comizi tributi, in cui la plebe è sovrana: comizi che si aprivano senza consultare gli auguri e che diventarono in breve un ramo del potere legislativo. Propriamente le deliberazioni prese in questi comizi non obbligarono dapprima se non la plebe; ma la competenza legislativa dei comizi tributi non tardò ad essere pareggiata a quella dei comizi centuriati. E difatti i consoli Orazio e Valerio, nell'anno 306 di Roma, fecero passare una legge « *ut quod tributim plebs iussisset populum teneret* », la quale fu poscia rinnovata e confermata sulla proposta del console Publilio del 415; ma siccome i patrizi trovavano sempre nuovi mezzi per sottrarsi alla legge, la questione dei plebisciti venne regolata definitivamente mediante la celebre legge Ortensia dell'anno di Roma 468. Questo è il motivo, per cui Giustiniano, Teofilo, Gaio e Gellio parlano soltanto della legge Ortensia. In realtà fu questa che alla borghesia conferì stabilmente il diritto di far leggi che avessero pari forza a quelle votate dalle due aristocrazie nei comizi curiati e centuriati; e tali leggi votate dalla plebe nei comizi tributi, sulla proposta del loro tribuno, chiamavansi plebisciti. E siccome questi plebisciti sono nell'efficacia parificati alle *leges* in senso stretto, così ne portano talvolta anche il nome, come, a mo' d'esempio, la *lex Aquilia*, la *lex Cincia*, la *lex Falcidia*, che, a rigor di termini, dovrebbero dirsi plebisciti, perchè votati dalla plebe. Questi plebisciti divengono ognor più crescenti, e negli ultimi secoli della repubblica quasi tutte le disposizioni legislative sono plebisciti votati nei comizi tributi.

---

[1] Gai 1: 3: " Lex est, quod populus iubet atque constituit; plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis cæteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent; sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent: itaque eo modo legibus exæquata sunt. „ (Cfr. § 4 Inst. de iure nat. gent. et. civ. 1. 2; Theoph. ad h. l. et § 5; Isidori Orig. V. 10. 11; Festus voc. populi, scita plebei, scitum populi; Gellius Noct. Att. XV. 27).

Esaminato l'àndamento storico della legislazione nelle due epoche dei re e della repubblica, passiamo all'epoca imperiale.

La sovranità del popolo, che avrebbe dovuto cadere col cadere della repubblica, si mantenne per lungo tempo anche sotto l'impero. Ottaviano era in sostanza principe assoluto, ma teoricamente ei non era che il supremo magistrato del popolo romano. Egli aveva il titolo di imperatore, più tardi quello di padre della patria, poscia quello di Augusto; egli era tribuno, proconsole, pontefice massimo, in poche parole egli riuniva sul suo capo tutte le magistrature, tutti i titoli, tutte le dignità; ma ciò non ostante egli non era che il rappresentante del popolo: questo era ancora sovrano. — Alcuni scrittori, appoggiandosi ad un passo di Tacito (*Annali I, 15*), ove è detto « *tum primum comitia e campo ad patres translata sunt*, » insegnano che sotto Tiberio il potere legislativo passò dal popolo nelle mani del senato; ma che quelle parole non abbiano il senso loro attribuito dai detti scrittori lo prova il fatto che ancor sotto e dopo Tiberio furono emanate la legge Giunia Norbana e la legge Claudia sulla tutela muliebre che sappiamo essere state votate dal popolo e non dal senato. Le espressioni di Tacito hanno un altro significato: il vocabolo *comitia* non indica le assemblee in senso stretto, ma i comizi elettorali, i quali passarono effettivamente al senato ancor sotto Tiberio. Ma se il senato aveva il diritto di elezione non aveva per questo esso solo anche il potere legislativo: tuttavia se la sovranità del popolo non cadde sotto Tiberio, cadde pochi anni di poi, passando effettivamente dal popolo al senato.

## LEGGI PIÙ IMPORTANTI DEL POPOLO ROMANO

*Leggi regie e raccolta Papiriana.* — Le leggi emanate dal popolo romano sotto il governo dei re chiamansi leggi regie. Che il numero di queste fosse assai ristretto non deve recar meraviglia, ove si consideri che nell'infanzia degli stati le leggi sono sempre rarissime, poichè il popolo si regge e si governa a consuetudine e segue gli esempî dei maggiori. Di queste antiche consuetudini e dei riti religiosi di quei tempi fu fatta una raccolta da Papirio, la quale si conosce sotto il nome di *ius Papirianum*. Questo prezioso monumento è andato intieramente perduto.

*Legge delle dodici Tavole.* — Questa è la più importante legge del popolo romano; in essa si contiene tutta la scienza legale

degli antichi Romani. Diremo quindi alcune parole sull'origine esterna di questa legge e sull'importanza della medesima.

Durante la lotta tra il patriziato e la plebe il diritto era divenuto sempre più incerto, e dipendeva dall'arbitrio dei consoli di aver riguardo nell'amministrazione della giustizia ai nuovi mutati rapporti o applicare in tutto il suo rigore l'antico diritto consuetudinario. Importava dunque di ristabilire la sicurezza del diritto. Dopo una lunga e gagliarda contesa i patrizi cedettero alla proposta di por mano a fare un codice di leggi eguali per tutti. Si mandarono tre legati ad Atene e nelle città greche d'Italia a prendere contezza della costituzione di quei paesi e a raccoglier vi le leggi migliori. Tornati i legati di Grecia furono eletti, in un'assemblea per centurie, dieci patrizi coll'incarico di compilare le nuove leggi. Le leggi compilate da quei dieci (decemviri) furono approvate da tutti e si esposero nel comizio perchè ognuno potesse pigliarne notizia, e cessasse d'ora in poi il lamentato mistero. A quelle dieci tavole vennero nell'anno seguente aggiunte altre due, d'onde il nome di legge delle dodici tavole.

Non si deve credere già che la legge decemvirale delle dodici tavole fosse una copia o riproduzione delle leggi greche, chè anzi l'opera dei decemviri fu quella di compilare e di scrivere il diritto privato degli antichi Romani, e di fondere in un sol diritto nazionale gli usi e le regole differenti dei popoli che si erano raccolti nella stessa città. Il diritto civile si fondò sull'antico costume, e riprodusse la costituzione preesistente della famiglia, della proprietà, dell'eredità, delle obbligazioni e dei contratti fra i cittadini. Quindi il diritto civile compreso nelle dodici tavole è un diritto originale come Roma, ha la sua indole propria e non è punto venuto di fuori. Da ciò che tuttora rimane delle dodici tavole si vede chiaramente che in esse furono ridotte a legge molte delle consuetudini antiche di Roma, e codificato il primitivo costume.

La legge delle dodici tavole fu sempre in vigore sino a Giustiniano. Prescindendo da alcune modificazioni, il diritto civile sotto la repubblica e sotto l'impero altro non è che un'interpretazione della legge decemvirale. I responsi dei giureconsulti classici sono quasi sempre appoggiati al testo od allo spirito della legge decemvirale, e alcuni di quei giureconsulti, come Labeone e Gaio, scrissero estesi commentari sulla medesima.

Ma sebbene il diritto delle dodici tavole abbia avuto vigore per tanti secoli, tuttavia non lo possediamo nella sua integrità.

Nessun esemplare di questo monumento legale importantissimo ci è pervenuto, e quanto possediamo non sono che frammenti tratti dalle Pandette e dalle opere di Aulo Gellio, Cicerone, Macrobio, Plutarco, Dionigi e vari altri scrittori giuridici e storici.[1]

*Altre leggi del popolo romano.* — Fra le altre leggi del popolo romano meritano di esser ricordate in modo speciale la *lex Julia municipalis dell' anno 709 di Roma, plebiscito che tratta dell' organizzazione municipale d' Italia;*[2] la *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, che si riferisce all'organizzazione giudiziaria e all' amministrazione della giustizia nella Gallia cisalpina;[3] la *lex Julia de maritandis ordinibus* e *Papia Poppæa*, che dopo quella delle dodici tavole è la legge più importante del popolo romano.[4]

## IV.

### Senatusconsulti.

*Cenni storici sulla legislazione del senato.* — Il senato non fu in origine che un' adunanza di amici di cui il re sentiva l'opinione

---

[1] Molti dotti si sono affaticati per riunire i frammenti delle dodici tavole. Chi desidera particolareggiate notizie bibliografiche può consultare i miei *Elementi di Diritto Romano* (vol. 1, pag. 115 e seguenti) ove si trova una ristampa della legge delle dodici tavole, coll' indicazione dei passi degli scrittori che vi si riferiscono.

[2] Questa legge è conservata in una tavola di bronzo scoperta in Eraclea, d'onde il nome di *tabula Heracleensis:* essa è divisa in due frammenti, l'uno dei quali era stato trasportato in Inghilterra (*æs Britannicum)* e l'altro chiamasi *æs Neapolitanum* perchè è rimasto in Napoli, dove presentemente conservansi tutte e due. Il frammento napolitano è di maggiore importanza: esso contiene delle disposizioni intorno alla costituzione di un municipio, d'onde il nome di legge municipale. (Un'edizione completa di questa legge con un bellissimo commentario venne procurata da Mazocchi *Com. in R. Hercul. mus. æn. tab Heracl.* 1754.)

[3] Anche questa legge ci è conservata. L'edizione migliore è di Ritschl *Leg. Rubr. pars superstes*, Bonnœ 1851.

[4] La proposta della legge Giulia e Papia Poppea venne fatta da Ottaviano nel 735, ma nè il senato l'appoggiò, nè l'accettò il popolo romano nei comizi, benchè il poeta Orazio l'avesse anticipatamente lodata (Epodon XVIII, v. 17 seg.). Ottaviano modificò in alcuni punti la sua proposta, e la presentò al popolo che la votò colla condizione che non dovesse entrare in vigore che dopo un triennio. Questa legge è quella che si conosce sotto il nome di *lex Julia de maritandis ordinibus*. Molte furono le opposizioni che si fecero contro della medesima ancor prima che scadesse il termine triennale. Ottaviano modificatala in alcuni punti la fece novellamente proporre dai consoli M. Papio Rutilio e Quinto Poppeo Secondo. Essa venne accettata ed ebbe il nome di *lex Julia et Papia Poppæa.* Essa concerne in modo speciale i matrimoni la procreazione dei figli e il diritto di successione.

prima di prendere alcuna deliberazione: ma si andrebbe errati supponendo che non fosse una istituzione politica permanente. Anzi ci pare che questo corpo dei padri rappresentasse anticamente le genti. Che se la nomina dei senatori apparteneva al re, non per questo convien dire che fosse arbitraria, almeno in origine. D'altronde il re poteva convocare il senato a piacimento ed esporgli le sue domande; nè c'era una regola che l'obbligasse a farlo entro un certo termine, nè il collegio poteva radunarsi senza convocazione. Ancora, le attribuzioni dei senatori si limitarono a pronunciare un consiglio quando erano domandati, e questo non poteva aver forza di obbligare il re, il quale dal canto suo non poteva a meno di consultare il senato in tutti gli affari di rilievo. Anche le proposte che faceva alla cittadinanza nei comizi andavano prima esaminate nel senato.

Nell'età repubblicana l'importanza politica del senato crebbe assai. Esso aveva tale potere sulle provincie che lo chiamavano *Dio*, come chiamavano *Dea* Roma; e anche nell'interno della città la sua autorità era grandissima. I magistrati supremi, terminato il loro ufficio, rendevano conto al senato della loro gestione; e se nei primi tempi della repubblica le deliberazioni del senato non acquistavano forza di legge se non erano accettate dai comizi, in seguito quell'assemblea venne ad usurpare il potere legislativo.

Del resto, sebbene il senato avesse durante la repubblica raggiunto il più alto grado d'importanza politica, ed avesse acquistato perfino il potere legislativo, nondimeno ei non divenne importante per la legislazione civile se non quando andò perdendo la sua autorità politica, cioè sotto Augusto ed i suoi successori sino a Diocleziano. Durante quest'epoca, e specialmente da Tiberio a Severo, i senatus-consulti costituirono una delle principali fonti del diritto civile. Con Diocleziano comincia la legislazione edittale degli imperatori, ed il senato si riduce ad assoluta impotenza; ma prima ancora di Diocleziano gli imperatori si valevano del senato per fare eseguire i loro arbitrî. Gli imperatori presentavano una proposta in iscritto (epistola), o facevano una proposizione orale (oratio), ed il senato decretava umilmente il volere del principe. Ecco il motivo, per cui i giureconsulti romani, ogniqualvolta vogliono appoggiare le loro decisioni sopra i senatusconsulti resi sotto gli imperatori Severo, Marc'Aurelio o Caracalla, citano le orazioni e le epistole di quelli imperatori, anzichè i senatus-consulti medesimi.

*Alcuni senatus-consulti importanti.* — I senatus-consulti più importanti sono il sc. MACEDONIANO che proibì di mutuare danaro ai figli di famiglia, negando al mutuante l'azione per chiedere la restituzione del danaro mutuato; il sc. ORFIZIANO che chiamò i figli alla successione intestata della madre, a preferenza dei fratelli o sorelle e degli altri agnati della madre, anche nel caso che questa non fosse consanguinea dei figli; il sc. PEGASIANO che estese la legge Falcidia ai fidecommessi; il sc. PLANCIANO che introdusse l'azione *de partu agnoscendo* per le donne divorziate; il sc. TERTULLIANO concernente il diritto di successione della madre nei beni dei suoi figliuoli; il sc. TREBELLIANO relativo all'eredità fidecommissaria e il sc. VELLEIANO che dichiarò inefficaci le intercessioni delle donne.

## V.

## Editti dei magistrati.

Gli editti erano ordinanze che i magistrati maggiori, che soli avevano la giurisdizione, rendevano sopra affari di loro competenza. Per lo studio del diritto romano hanno speciale importanza gli editti del pretore. Il pretore, prima di entrare in carica, aveva l'obbligo di pubblicare il programma di sua amministrazione, cioè un editto in cui esponeva i principî, secondo i quali avrebbe deciso gli affari sottoposti alla sua giurisdizione. Quell'editto del pretore chiamavasi annuo perchè durava tutto l'anno in cui il pretore che lo aveva emanato rimaneva in carica; e si conosceva più specialmente sotto il nome di *edictum perpetuum*, perchè era perpetuo durante l'anno della pretura, a differenza degli editti repentini od ordinanze del momento sopra un dato affare particolare. L'editto perpetuo non obbligava altri magistrati fuorchè il pretore da cui era stato emanato. Il nuovo pretore che entrava in carica nell'anno successivo annunciava anch'esso la giurisprudenza che si proponeva di osservare durante la sua pretura, ma i pretori usavano grande cautela nell'innovare, e in massima riproducevano gli editti perpetui dei loro precessori, facendovi solo quei cangiamenti e quelle aggiunte che erano richieste dai tempi mutati e dai nuovi bisogni. Quelle norme che in questa guisa passavano inalterate da un editto all'altro avevano il nome di editto tralatizio, che coll'uso acquistava naturalmente una grande

autorità e si incarnava, per così dire, nella coscienza del popolo, sì da essere considerato come una specie di diritto consuetudinario.

Per tal modo si formò col tempo un vero diritto tralatizio. Il diritto stabilitosi in questo modo ebbe il nome di diritto pretorio, appunto perchè introdotto dai pretori, od anche quello di diritto onorario, *quod ab honore prætoris venerat.* [1]

*Editto perpetuo di Salvio Giuliano.* — Come dicemmo, i pretori lasciavano bensì intatti in gran parte gli editti dei loro precessori, e li adottavano come editti tralatizi, confermati da un uso costante; ma, per supplire ai novelli bisogni, essi vi facevano sempre nuove aggiunte, nuove clausole, e nuovi sviluppamenti. Per tal modo avvenne che gli editti mancassero d'ordine logico e per sopra più contenessero parecchie contraddizioni. Si pensò quindi ad eliminare queste contraddizioni e ridurre l'editto con tutte quelle aggiunte ad un ben ordinato sistema. Già Cesare aveva incaricato il giureconsulto Aulo Ofilio di codificare i due vasti campi dell'*ius civile* e dell'*honorarium.* Il progetto troncato dalla morte del dittatore fu ripreso dall'imperatore Adriano che ne affidò l'esecuzione al celebre Salvio Giuliano. L'anno 884 di Roma (131 dopo Cristo) il lavoro era compito, e l'editto riveduto e riordinato dichiaravasi con un senatus-consulto legge dell'impero. Con ciò gli antichi editti perderono il loro vigore e l'*ius edicendi* venne ridotto nei più ristretti limiti possibili. La compilazione ufficiale di Salvio Giuliano, se da un canto fu di qualche giovamento alla pratica applicazione delle leggi, d'altro canto divenne un ostacolo al progressivo sviluppamento del diritto, dappoichè, essendo stata tolta la facoltà ai pretori di introdurre nell'editto modificazioni e cambiamenti, venne a mancare uno dei mezzi più potenti per adattare l'editto ai bisogni sempre novelli della vita pratica!

*Lavori scientifici sul diritto pretorio.* — Dopochè l'editto pretorio era diventato perpetuo nel vero senso della parola, cioè stazionario ed immutabile, cominciarono i commenti e le interpretazioni dei giureconsulti. Fra questi lavori scientifici meritano speciale menzione quelli di Gaio che scrisse dieci libri sull'editto pretorio, quelli di Pomponio e di Ulpiano che ne scrissero ciascuno

---

[1] Fr. 2 § 10 de orig. iuris 1. 2: „ Eodem tempore et magistratus iura reddebant, et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque præmunirent, edicta proponebant. Quæ edicta Prætorum ius honorarium constituerunt. Honorarium dicitur quod ab honore Prætoris venerat. „

ottantatrè libri, quelli di Paolo che ne scrisse ottanta, e infine quelli di Furio Antiano, Quinto Saturnino e Pedio. Questi commentatori fornirono tal messe ai compilatori delle Pandette, che una terza parte di queste è composta di frammenti tratti dalle opere degli accennati commentatori. Basta questo fatto per dimostrare l'immensa importanza che l'editto perpetuo di Salvio Giuliano ha per lo studio del diritto romano. Ma pur troppo di questo monumento importantissimo non ci è arrivata nessuna copia, e i dotti furono costretti di tentarne la restituzione coll'aiuto dei frammenti sparsi alla rinfusa nelle Pandette. La più recente e più importante restituzione è quella di Rudorff che porta per titolo: *De iuris dictione edictum.*[1]

## INDOLE ED IMPORTANZA DEL DIRITTO ONORARIO.

Il diritto onorario, formatosi dall'*ius edicendi* dei magistrati, fu un istituto tutto proprio e particolare dei Romani. Esso fu il mezzo più efficace per lo sviluppamento organico del romano diritto. Imperocchè, mentre serviva di custode e di organo della legge civile, esso suppliva al silenzio della medesima e ne temperava l'eccessivo rigore. Senza perdere il rispetto alla legge fondamentale, esso si piegava ai bisogni novelli della società, e così effettuavasi in lui l'unione dei due principî che formano la vita dei civili consorzi, cioè la conservazione e il progresso. Quella legislazione annuale aveva l'immenso vantaggio di seguire gli incessanti progressi della civiltà e di adattarsi ai costumi che, allontanandosi a poco a poco dall'antica rigidezza, costringevano i pretori a non applicare l'antico diritto se non colle modificazioni reclamate dai rapporti novelli e dai novelli bisogni. Per tal modo il diritto onorario, mantenendo la legislazione in un moto continuo e graduato, evitava le perniciose conseguenze dei due estremi, cioè dell'immutabilità e della precipitazione. Infatti la pretura non durava che un anno. Il novello pretore sottometteva l'editto ad una nuova revisione, e mentre si atteneva al diritto esistente in tutte quelle parti che avevano fatta buona prova ed erano confacenti all'indole del popolo ed ai costumi dei tempi, eliminava tutto ciò che più non corrispondeva ai bisogni della vita e vi aggiun-

[1] Edicta perpetui quæ reliqua sunt constituit, adnotavit, edidit A. F. Rudorff. Lipsiæ apud Hirzelium 1869. — Vegg. in proposito l'importante memoria bibliografica del prof. Guido Padelletti nel vol. III del nostro *Archivio giuridico* (pag. 246 e seg.).

geva tutte quelle nuove disposizioni che si erano rese necessarie col cambiamento dei tempi e dei costumi, col mutarsi delle relazioni sociali e precipuamente collo sviluppo economico e morale della nazione. Si può dire adunque, senza tema di errare, che se il diritto romano ha raggiunto quel grado d'importanza che gode tuttora presso tutte le colte nazioni, esso lo deve in gran parte all'*ius edicendi* e all'*ius honorarium.*

## VI.

## Costituzioni dei principi.

Le costituzioni dei principi sono quelle disposizioni con cui gli imperatori romani, in forza del potere loro trasferito dal popolo, agivano sulla legislazione in generale o sullo stato giuridico di qualche persona in particolare.[1]

### SVILUPPO STORICO DELLE COSTITUZIONI DEI PRINCIPI.

I principi romani, mano mano che venivano rivestiti di qualche magistratura, avevano il diritto di rendere ordinanze, simili a quelle dei pretori e degli altri magistrati maggiori. Dal momento poi che Roma cessò di essere repubblica, se non in teoria almeno per la verità del fatto, e che le varie magistrature si riunirono a poco a poco nella persona dell'imperatore, questi si vide collettivamente investito della facoltà di emanare quelle ordinanze che dapprima si rendevano individualmente dai singoli magistrati. Le costituzioni imperiali adunque cominciarono già con Augusto ad essere fonte legittima di diritto scritto. Senonchè Augusto ed i suoi primi successori, convinti che il segreto di ogni nuovo governo sta nel conservare l'immagine dell'antico, lasciarono sussistere le antiche magistrature, e manifestando la loro volontà sotto forma repubblicana rispettarono l'apparenza della repubblica. Ciò spiega come nei primi tempi dell'impero la sorgente più feconda del diritto non fossero già le imperiali costituzioni, ma i senatus-consulti. Mano mano poi che andò crescendo il potere imperiale crebbe anche il

[1] Gai. 1. 5: " Constitutio principis est, quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit; nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat, "

numero delle imperiali costituzioni. Con Diocleziano esse diventano l'unica fonte del diritto; imperciocchè e leggi e plebisciti e senatus-consulti e diritto onorario e diritto scientifico, tutto è svanito, ed altro non resta che la volontà degli imperatori.

### RACCOLTE DELLE COSTITUZIONI IMPERIALI

A misura che il dispotismo di corte divenne più assoluto e che i costumi orientali esercitarono maggiore influenza sul diritto, le costituzioni imperiali ottennero sempre maggiore autorità. Alla fin fine esse vennero considerate come veri oracoli, dimodochè Giustiniano poteva dire senz'altro che nulla vi era di più sublime e di più santo delle imperiali costituzioni. Le quali crebbero a tal segno che portarono grande sconvolgimento e grandi difficoltà nelle ricerche della giurisprudenza, e fecero sentire imperiosamente il bisogno di formarne delle collezioni ossia *codices constitutionum.*

*Codice Gregoriano ed Ermogeniano.* — La compilazione Gregoriana contiene la costituzioni da Adriano sino a Diocleziano, l'Ermogeniana comprende quelle da Diocleziano a Costantino ed alcune costituzioni antiche che erano state preterite nella prima, dimodochè l'una serve di complemento all'altra e formano insieme il *Codex Gregorianus et Hermogenianus.* I frammenti che ci rimangono di questo codice sono tolti dal *Breviario* di Alarico. Il codice Gregoriano ed Ermogeniano, sebbene fosse una raccolta privata, ebbe tale autorità, che gli avvocati e giuristi di quei tempi se ne servivano come di testo ufficiale.[1]

*Codice di Teodosio.* — Questo codice è molto più importante del precedente, anche perchè è più completo e perchè ci è pervenuto quasi nella sua interezza. Esso fu compilato per ordine di Teodosio II. Quest'imperatore istituì nell'anno 429 una commissione coll'incarico di completare il codice Gregoriano ed Ermogeniano mediante una nuova raccolta di tutte le costituzioni imperiali pubblicate dopo Costantino; ma siccome quella commissione non corrispose alle intenzioni dell'imperatore, venne nell'anno 435 nominata una nuova commissione di sedici giurisperiti per eseguire il progetto annunciato nella costituzione del 429. Il lavoro fu terminato nel 438 e pubblicato come codice per l'impero di Oriente. Nello stesso anno Valentiniano III lo fece comunicare al senato

[1] La migliore edizione è di Haenel, Bonn 1835.

di Roma che lo accettò a voti unanimi come codice ufficiale per l'Occidente. Il codice di Teodosio comprende le costituzioni di sedici imperatori dall'anno 312 all'anno 438. Diviso in sedici libri, suddiviso in vari titoli e costituzioni, esso abbraccia tutte le parti della legislazione degli imperatori romani, cioè il diritto civile, il diritto penale, la polizia, le attribuzioni dei magistrati, gli affari militari ed ecclesiastici. Dal punto di vista storico il codice di Teodosio è più importante di quello di Giustiniano, dappoichè in esso le costituzioni imperiali sono riprodotte nella loro forma originale, mentre il codice Giustinianeo ce le presenta alterate. Il codice di Teodosio ci fa conoscere l'influenza che il diritto romano esercitò sulle idee del medio evo, e ci scopre l'origine di molti istituti di quest'epoca che altrimenti non si potrebbero in verun modo comprendere.[1]

*Codice di Giustiniano.* — Ancora nel primo anno del suo regno, Giustiniano elesse una commissione di dieci giureconsulti, alla testa dei quali pose Giovanni ex-questore del sacro palazzo, e fra i quali trovavansi il celebre Triboniano e Teofilo professore di diritto a Costantinopoli. I nuovi decemviri, rivestiti di estesissimi poteri, ebbero l'incarico di rivedere tutte le costituzioni degli imperatori, come erano contenute da Adriano in poi, nei codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, di purgarle degli errori e delle contraddizioni, di reciderne quanto era andato in disuso o superfluo e di scegliere le disposizioni confacienti alla pratica dei tribunali e all'uso dei cittadini; di porre a ciascheduna costituzione i nomi degli imperatori che le promulgarono, il luogo, il tempo e le persone a cui furono indirizzate, e di compendiare il tutto in una raccolta di dodici libri. In quattordici mesi l'opera fu mandata ad effetto, ed è probabile che, coll'eleggere una commissione di dieci membri e col prescrivere il numero di dodici libri, Giustiniano intendesse imitare i decemviri dell'antica Roma che composero la legge delle dodici tavole. Colla pubblicazione del codice di Giustiniano vennero abrogati i codici precedenti, d'onde nacque che in Oriente si oscurò il codice di Teodosio, non però nell'impero di Occidente dove quest'ultimo continuò ad avere vigore.

Il codice di Giustiniano, di cui abbiamo ora parlato, non è pervenuto a noi; ma, come vedremo più sotto, Giustiniano pub-

[1] La migliore edizione del codice di Teodosio è di *Haenel*, Bonn 1842. Lo stesso Haenel ha pubblicate nel 1844 alcune costituzioni di Teodosio, Valentiniano, Marziano, Maioriano, Severo ed Antemio, posteriori alla collezione di Teodosio.

blicò nel 534 una nuova edizione corretta ed aumentata del suo codice, ed è appunto quella seconda edizione che fa parte del *corpus iuris civilis*, come meglio diremo nel capo dedicato alla legislazione giustinianea.[1]

## VII.

### Responsi dei prudenti

Nei tempi della libera repubblica chiunque stava in opinione di sapienza e dottrina poteva rispondere alle questioni di diritto, e questi responsi non erano soggetti a nessuna formalità. Le opinioni dei consulenti non avevano in quell'epoca che un valore dottrinale, ma lorchè divennero la base di numerose sentenze conformi, esse passarono definitivamente nella pratica e formarono una specie di diritto consuetudinario. In tale qualità i responsi dei giureconsulti servirono di supplemento alla legislazione, e diedero origine ad importanti istituti giuridici, come per esempio, la teoria della diseredazione, la querela d'inofficiosità ed altri, di cui ragioneremo a tempo e luogo opportuno.

La deplorabile rivoluzione che annientò la repubblica e condusse al principato di Augusto operò un grande cangiamento nella condizione dei giureconsulti. Questi erano troppo potenti e godevano troppa popolarità, perchè i principi non ne dovessero temere. Se l'autorità dei giureconsulti avesse avuto radici meno profonde, i reggitori della repubblica languente l'avrebbero distrutta, come avevano abbattuto il potere del popolo, del senato e dei magistrati; ma fondandosi sulla fiducia universale e sull'elemento il più nazionale dell'ordine sociale, la potenza dei giureconsulti era salda contro tutte le modificazioni di governo ed estendeva la sua influenza su tutte le parti dell'esistenza giuridica dello stato. Augusto troppo prudente per credere di potere abbattere l'ordine dei giureconsulti, come pare fosse stato il pensiero di Cesare e fu poi di Caligola, e sentendo nondimeno il bisogno di modificare quella terribile autorità popolare, prese il partito di legare la professione di giureconsulto al nuovo governo e di rendernela dipendente. Invece di abolire tutto l'ordine dei giureconsulti o di farne un pubblico impiego, Augusto tenne una via di mezzo. Sotto il pre-

[1] Vedi a pag. 22 e 23.

testo di innalzare la loro autorità, ma in realtà per piegare i caratteri e sviluppare una certa emulazione di bassezza, come è l'effetto ordinario delle distinzioni accordate arbitrariamente dal potere, egli immaginò l'espediente politico di conferire ad alcuni giureconsulti l'*ius publice respondendi*, cioè il diritto di dare responsi in nome del popolo, il quale a quell'epoca si personificava nell'imperatore.[1] Per tal modo si ebbero giureconsulti officiali, patentati dal principe. Augusto stesso, o come vogliono alcuni, Adriano stabilì che i responsi dei giureconsulti avessero forza di legge quando tutti erano d'accordo. In caso di discordanza era lasciata piena libertà al giudice di seguire l'opinione che gli pareva più equa.

### DECADENZA DELLA SCIENZA DEL DIRITTO.

Il diritto di rispondere ufficialmente sulle questioni di diritto, che da Augusto ad Alessandro Severo aveva formato la funzione più rispettabile dei romani giureconsulti, non potè durare più a lungo. Imperocchè, introdottosi l'uso dei rescritti dei principi ed attribuitosi questi il sommo potere giudiziario, l'autorità dei giureconsulti dovette necessariamente scemare e col tempo divenne pressochè nulla. L'autorità ch'essi godevano passò insensibilmente nelle mani del principe, conformemente allo spirito del despotismo che aveva invaso tutte le istituzioni. Questo fatto congiunto colla distruzione interna che l'impero provò in quell'epoca di decadenza contribuì non poco al totale decadimento della scienza del diritto. Il quale decadimento accrebbe la venerazione per gli scritti dei giureconsulti dei tempi precedenti. Ciò è consentaneo alla natura delle cose; una nazione che manca di celebrità viventi si pasce con maggiore avidità delle glorie del passato. Così fu pure di que' tempi. Invano cercavano i giudici l'appoggio dei giureconsulti contemporanei che sciogliessero le difficoltà ognora crescenti e fissassero in qualche modo la pubblica opinione; non rimase altro espediente che di ricorrere alle opere dei giureconsulti antichi e di attenersi alle loro decisioni. Ma essendo troppo numerose e talvolta discordanti le opere dei giureconsulti classici, e mancando giureconsulti viventi che sciogliessero i dubbi ed eliminassero le contraddizioni, i giudici non erano più capaci di dominare la far-

---

[1] Fr. 2. § 47 de orig. iur. 1. 2: "Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent."

raggine di quelle opere, meno poi di pesare ed apprezzare i motivi delle decisioni che ciecamente adottavano nei loro giudicati. L' astensione da ogni esame personale e razionale divenne generale; ne risultò una vera manìa di citare e di allegare le opinioni contenute nelle opere dei giureconsulti, senza averle ponderate e ben intese. Questo metodo deplorabile, che ormai era diventato l' unico nella pratica del diritto, indusse l'imperatore Teodosio II ad emanare un' apposita legge per determinare l'uso delle opere dei giureconsulti.

### LEGGE DELLE CITAZIONI.

Nell' anno 426 Teodosio II emanò quella celebre costituzione, che suolsi impropriamente chiamare *legge delle citazioni*, con cui restrinse al numero di cinque le autorità letterarie a cui dovevano ricorrere i giudici nell' applicazione delle leggi. Le opere dichiarate autorevoli mediante quella costituzione di Teodosio sono quelle dei cinque luminari della scienza del diritto, cioè di Papiniano, Paolo, Gaio, Ulpiano e Modestino; e siccome nelle opere di quei cinque sommi giureconsulti poteva esservi discrepanza di opinioni su molti punti importanti, venne deciso che si dovesse abbracciare la sentenza del maggior numero, ed a parità di voti preferire quella di Papiniano. Come si vede, Teodosio aveva istituito un collegio di morti presieduto da Papiniano. Nel caso poi che una questione non fosse stata esaminata da Papiniano nelle sue opere, e fra gli altri quattro giureconsulti esistesse parità di voti, il giudice poteva scegliere quell' opinione che gli pareva più giusta. Questa disposizione di Teodosio non fece che rendere più vacillante ed arbitraria la giurisprudenza; perocchè in luogo di un esame ragionato delle opinioni differenti che dapprima era ancor possibile, il giudice era per così dire costretto a contare macchinalmente i voti. D' altro canto la legge delle citazioni commetteva una vera ingiustizia verso tutti gli altri giureconsulti che avevano fiorito nell' epoca classica della giurisprudenza e che avevano così potentemente contribuito all' avanzamento della scienza del diritto. A ragione quindi abolì Giustiniano quella legge di Teodosio, e concepì il grandioso pensiero di compendiare in un'apposita collezione le opere dei trentanove più celebri giureconsulti. Quella collezione è appunto quella che porta il nome di Digesti o Pandette e di cui parleremo nel capo nono e seguenti.

## AVANZI DELLA LETTERATURA GIURIDICA DEI ROMANI.

Le più importanti opere giuridiche che sono pervenute sino a noi sono le seguenti:

1° *Gaii Institutionum commentarii quatuor.* Il manoscritto di quest' opera preziosa, scoperto nel 1816 in un palinsesto della biblioteca capitolare di Verona, venne per la prima volta pubblicato nel 1820. Delle edizioni posteriori meritano un cenno speciale quella di Lachmann del 1842, quella di Böcking del 1866 e quella di Huschke dei 1867.[1] Le istituzioni di Gaio, che servirono di modello a quelle di Giustiniano, e che formano continuamente il tema di distinti lavori scientifici,[2] contengono una chiara e succinta esposizione di tutto il diritto romano privato quale vigeva ai tempi di Antonino Pio e Marco, e sono indispensabili per la retta intelligenza delle istituzioni giustinianee e per lo studio della storia del diritto romano.

2° *Ulpiani Fragmenta*, ossia *tituli XXIX ex corpore Ulpiani.* Questi frammenti sono presi dal *liber singularis Ulpiani* e furono ristampati più volte. Dello stesso Ulpiano esistono alcuni frammenti tolti dai suoi *libri II Institutionum* e si conoscono sotto il nome di *Ulpiani fragmenta vindoboniensia* perchè scoperti nella biblioteca palatina di Vienna.[3]

3° *Iulii Pauli sententiarum libri quinque.* Questa è la sola opera di Paolo che, almeno in parte, sia pervenuta sino a noi. Essa è stata tolta dal Breviario di Alarico.[4]

4° *Consultationes veteris Iureconsulti.* Sono responsi di un giureconsulto a quesiti propostigli da un avvocato sopra vari casi legali. L' importanza principale di detti consulti consiste in ciò che il consulente appoggia la sua opinione sopra fonti testuali

---

[1] Un nuovo apografo del Codice Veronese del Gaio è uscito alla luce nel 1874 per cura di G. Studemund. Vedi Padelletti nell' *Archivio Giuridico* vol. XIII, p. 240-244.

[2] Vegg. l' *Archivio Giuridico* vol. IV, pag. 619-629.

[3] Lo stile di Ulpiano è facile, dolce e dilettevole; meravigliosa è la proprietà della lingua e la scelta delle espressioni. La sua riputazione di giureconsulto fu immensa e delle sue opere passarono 2462 frammenti nelle Pandette di Giustiniano.

[4] La migliore edizione è quella di *Arndts*, Bonn 1833, ed inserita (al pari di quelle accennate ai num. 1, 2, 4, 5 e 6) nel *Corpus iuris anteiustinianeum Bonnense* e nella *Jurisprudentia Anteiustinianea* di Huschke. Il giureconsulto Paolo fu l' autore più fecondo fra i classici giuristi romani, e delle molte sue opere passarono 2080 frammenti nelle Pandette giustinianee.

riportate in esteso e tratte dalle sentenze di Paolo e dalle collezioni delle costituzioni imperiali.

5° *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* chiamata anche *Lex Dei* dalle parole iniziali del manoscritto. È un confronto delle leggi romane colle leggi mosaiche, fatto mediante passi estratti dal Pentateuco e dalle opere dei più insigni giureconsulti romani.

6° *Fragmenta Vaticana*, scoperti nel 1820 da Angelo Mai in un palinsesto della biblioteca del Vaticano e pubblicati dal medesimo nel 1823 sotto il titolo di *Iuris civilis anteiustiniani reliquiæ ineditæ*. La migliore edizione è di Bethmann-Hollweg (*Bonn* 1833). Sono frammenti importantissimi tratti dai responsi e dalle questioni di Papiniano, da vari scritti di Ulpiano e di Paolo e da alcune costituzioni imperiali.

## VIII.

## Collezioni delle leggi romane fatte dai barbari.

I barbari che fondarono nuovi regni sulle rovine dell' impero romano non distrussero il diritto dei vinti, ma lo rispettarono e ne fecero delle raccolte.

La più importante di queste raccolte è la *lex romana Visigothorum* chiamata anche Breviario di Alarico dal nome del re che la fece redigere. Come risulta dall' atto di pubblicazione, avvenuta nell' anno 506, lo scopo che si propose Alarico II con questa sua raccolta era di togliere le difficoltà ed incertezze del diritto romano e di riunire in un sol corpo le fonti del diritto allora vigente, cioè le leggi imperiali (*leges*) e gli scritti dei giureconsulti (*ius*). Fra le leggi inserite nel breviario figurano molte costituzioni imperiali tolte dai codici gregoriano, ermogeniano e teodosiano, e le costituzioni posteriori dello stesso Teodosio, di Valentiniano, Mariano, Maggiorano e Severo. Degli scritti dei giureconsulti *(ius)* sono state inserite nel breviario, non però nella loro purezza ed originalità, ma sfigurate e mutilate, le istituzioni di Gaio e le *sententiæ receptæ* di Paolo. Il breviario di Alarico si diffuse anche fuori del regno dei Visigoti, e avrebbe acquistata un'importanza ancor maggiore se non fosse sopravvenuta più tardi la compilazione giustinianea.[1]

---

[1] Vedi *Archivio Giuridico* vol. 11, pag.7.

Un' altra raccolta di leggi romane fatta dai barbari è la *lex romana Burgundionum* chiamata eziandio *Papianus*. Essa venne pubblicata fra il 517 e il 534 sul modello della legge romana dei Visigoti. Il Papiano è di molto inferiore al breviario Alariciano.

Una terza raccolta delle leggi romane fatte dai barbari è l'*Edictum Theodorici* ossia la legge romana degli Ostrogoti. Le fonti usate nella compilazione dell' editto di Teodorico sono tutte romane. In esso, come nelle due raccolte precedenti, si trovano le due classi di fonti giuridiche sole in vigore da lungo tempo, cioè le leggi imperiali e gli scritti dei classici giureconsulti, ma in una forma del tutto alterata. Ciò che distingue l' editto di Teodorico dalle raccolte precedenti dei Visigoti e dei Borgundi si è che quello reggeva tanto i vincitori che i vinti, cioè tanto gli Ostrogoti che i Romani soggetti a questo regno, mentre presso i Visigoti, Borgundi e gli altri popoli germanici vigeva il sistema personale, in base al quale ognuno seguiva la legge della propria nazione. Quest' eccezione unica al sistema dei diritti personali entrava nel disegno di Teodorico, che dei due popoli voleva formare una sola nazione, agguagliando gli Ostrogoti ai Romani in tutto fuorchè nel diritto di portare le armi che fu riservato esclusivamente a quelli.

## IX.

## Sommario storico della legislazione di Giustiniano.

Giustiniano, imperatore bizantino dal 527 al 565, usò del potere legislativo ormai riservato ai soli principi per togliere ogni autorità diretta ai testi legislativi anteriori. Spogliando le molte migliaia di volumi in cui si contenevano le leggi e le opere dei giureconsulti di dieci secoli, egli tentò di fondere quell' infinita varietà di leggi e di opinioni legali con alcuni elementi nuovi in una estesa compilazione. Quest' opera vastissima, che i moderni sogliono chiamare col nome di *corpus iuris civilis*, è di tutti i monumenti romani il solo che abbracci il complesso delle materie giuridiche. La compilazione di Giustiniano, oltrechè è l' ultima espressione della giurisprudenza romana, ci si presenta come imagine vivente del diritto classico. È appunto questo diritto classico che importa studiare, ciò che diventa possibile coll' aiuto dei pochi avanzi della letteratura giuridica romana e soprattutto me-

diante lo studio delle Pandette, che, come vedremo, sono una raccolta di molte migliaia di frammenti tolti dalle opere dei principali giureconsulti romani.

La compilazione di Giustiniano comprende quattro opere distinte, cioè le Istituzioni, le Pandette, il Codice e le Novelle; ma ciò che costituisce la sua opera capitale sono le Pandette e il Codice. Per comprender bene il pensiero che ispirò la concezione di queste due opere, cioè le Pandette e il Codice, conviene esaminare quali fossero gli elementi del diritto ancora in vigore all'epoca in cui Giustiniano salì al trono, cioè quali fossero le fonti a cui dovevano ricorrere i giudici per applicare la legge. Come abbiamo già notato altrove, le regole giuridiche erano sparse in primo luogo nella immensa moltitudine delle costituzioni imperiali da Adriano sino a Giustiniano, ed in secondo luogo nelle molte migliaia di volumi degli scritti dei giureconsulti. Le costituzioni imperiali, come si ebbe ad osservare, formavano le *leges*, e gli scritti dei giureconsulti formavano l'*ius* propriamente detto: queste erano le uniche due fonti del diritto allora in vigore, dappoichè le leggi del popolo, i plebisciti, i senatusconsulti e gli editti dei magistrati si erano fusi in quelle fonti. Il prodotto di queste diverse fonti non si studiavano più direttamente, tanto più che di sovente n'era andato perduto l'originale, ed era assai difficile trovare i libri in cui si contenevano, per cui i giudici, poveri in mezzo a tanta ricchezza, erano ridotti all'esercizio della loro illetterata prudenza. Giustiniano, vedendo l'immensa difficoltà che lo studio del diritto e la pratica applicazione del medesimo incontravano in questa sovrabbondanza di testi disseminati, concepì il grandioso progetto di riunire in un sol corpo le norme giuridiche, sia che derivassero dall'autorità imperiale, sia che provenissero dall'autorità dei giureconsulti. Riprendendo ed eseguendo in modo più felice il pensiero che un secolo prima aveva suggerito l'idea del codice di Teodosio e la legge delle citazioni, pensò egli pure di riunire in due raccolte sistematiche le leggi imperiali e le opere dei giureconsulti. Questa è per lo appunto l'origine del Codice e delle Pandette.

Il Codice è una raccolta di costituzioni imperiali di cui le più antiche appartengono ad Adriano e le più recenti a Giustiniano. Come fu avvertito a pag. 15, la prima edizione del Codice giustinianeo fu pubblicata nel 529, ma nel 534 Giustiniano, volendo farvi entrare le cinquanta costituzioni da lui emanate in quel

frattempo, ne fece fare una seconda edizione, ed è appunto quella che ci è pervenuta.

Le Pandette sono una raccolta di frammenti cavati dalle opere dei trentanove giureconsulti che avevano ottenuto il diritto di dare responsi ufficiali. Le Pandette furono pubblicate nel 533.

Le Pandette e il Codice abbracciavano tutto il diritto romano, cioè tanto il diritto imperiale quanto il diritto della scienza, ma l'accesso a queste due estesissime collezioni sarebbe riuscito difficile ai principianti che non si fossero iniziati nella scienza del diritto con uno studio più elementare. Giustiniano, non reputando conveniente che si ricorresse per quest'uopo alle opere degli antichi giureconsulti, diede ordine a Triboniano, Teofilo e Doroteo di compilare un compendio che dovesse servire di guida ai giovani nello studio dei primi principî della scienza del diritto. I compilatori incaricati di questo lavoro presero per fondamento le istituzioni di Gaio, talchè ne ripetono quasi sempre le stesse parole; ma per adattare l'opera alle mutate condizioni del diritto vi inserirono la notizia di alcune delle più notabili costituzioni contenute nel Codice ed omisero o modificarono quelle regole giuridiche che erano antiquate. Prescindendo da queste lievi modificazioni, il compendio di Giustiniano è una riproduzione delle istituzioni di Gaio. Le istituzioni di Giustiniano vennero divulgate ancor prima delle Pandette, e ricevettero forza legale insieme con queste nel 30 dicembre 533.

Compite le anzidette compilazioni del Codice, delle Pandette e delle Istituzioni, Giustiniano seguitò per trent'anni a tenere l'imperio. Nel qual tempo egli emanò non poche leggi o costituzioni che modificarono diversi punti del diritto già stabilito, specialmente del diritto di famiglia e di eredità. Queste novelle leggi, emanate per la maggior parte in lingua greca, si chiamano *novellæ constitutiones* o semplicemente *Novellæ.*

## X.

### Esame delle singole raccolte della legislazione giustinianea. Divisione, manoscritti, edizioni e metodo di citazione delle medesime.

Dopo avere dato un breve sommario storico della legislazione di Giustiniano ed indicata l'origine e il contenuto delle sue com-

pilazioni in generale, conviene che discorriamo partitamente di ciascuna raccolta in particolare.

## I. — DELLE INSTITUZIONI IN PARTICOLARE.

Noi indicheremo brevemente la divisione, i manoscritti, le edizioni ed i metodi di citazione di ciascuna raccolta.

*Divisione delle istituzioni.* — Le istituzioni sono divise in quattro libri; ogni libro è suddiviso in titoli ed ogni titolo in paragrafi. Il primo libro, premesse alcune nozioni generali sul diritto, tratta delle persone; il secondo delle cose e dei diritti reali; il terzo delle obbligazioni nascenti da contratti e quasi contratti; il quarto delle obbligazioni nascenti da delitti e quasi delitti, delle azioni e degli altri mezzi legali con cui si fanno valere i propri diritti.

*Manoscritti delle istituzioni.* — Il manoscritto più antico è quello conservato nella biblioteca capitolare di Verona che rimonta al settimo secolo, ma non è completo. Fra i completi ve ne sono quattro anteriori ad Irnerio, dei secoli IX, X e XI, ed una diecina di anteriori ad Accursio; gli altri sono per lo più del secolo XIV e XV.

*Edizioni delle istituzioni.* — Le principali sono: 1° EDITIO PRINCEPS in urbe Maguntina per Petrum Schoyffer de Gernsheim 1468: quest'edizione è glossata; 2° EDITIO HALOANDRINA per opera di Gregorio Aloandro, Norimberga, 1529; 3° L'edizione di BIENER *Justiniani Institutionum libri IV*, Berolini 1812; 4° L'edizione di SCHRADER, Berlino 1832. Questa è arricchita di eccellenti annotazioni; 5° Quelle di HUSCHKE del 1868 e di KRUEGER del 1869.

*Metodo di citare i passi delle istitutioni.* — Per citare le istituzioni si comincia dall'indicare il paragrafo, poi si aggiunge l'intestazione del titolo, e da ultimo si indica il numero del libro e del titolo. Esempio: § 8 *De usucapionibus* II. 6. — Taluni cominciano dall'indicare il numero del libro e del titolo e aggiungono in fine quello del paragrafo. Esempio: *Inst.* IV. 6. § 3. Il primo verso di ogni titolo si chiama *principium*, e soltanto il capoverso si chiama paragrafo 1. Esempio: *Pr. Inst. de auct. tut.* I. 21.

## II. — DELLE PANDETTE IN PARTICOLARE.

*Divisione delle Pandette.* — Le Pandette sono divise in cinquanta libri. E prescindendo dai libri 30, 31 e 32 che trattano tutti e

tre dei legati, tutti gli altri sono divisi in titoli; i titoli sono suddivisi in frammenti, e questi in paragrafi, e preceduti da un proemio. Quanto alla distribuzione degli interi libri e titoli, tutti sono d'accordo nel ritenerla fondata sopra un piano completo, e precisamente sul sistema dell'editto perpetuo di Salvio Giuliano. [1]

*Manoscritti delle Pandette.* — Fra tutti i manoscritti che possediamo, il più antico è quello di Pisa che rimonta al settimo secolo, e che trasportato a Firenze nel 1406 viene presentemente con religiosa cura conservato nella Laurenziana. I Glossatori erano nella credenza che le Pandette pisane, oggi fiorentine, fossero le originali di Giustiniano; onde nascendo controversie sulla vera lezione di una legge si solevano mandare ambasciatori a Pisa per riscontrare quel manoscritto, *littera Pisana*, cui era attribuito un valore quasi superstizioso ed alla conservazione del quale erano prese precauzioni straordinarie dagli statuti Pisani del secolo decimo terzo. Gli altri manoscritti delle Pandette (*littera vulgata*) datano tutti dai secoli duodecimo, decimoterzo e decimoquarto, cioè dal tempo in cui la scuola di Bologna era nel suo maggior lustro; per cui la vulgata è conosciuta anche sotto il nome di testo Bolognese. Non è ben certo quali manoscritti possedessero i Glossatori e quale uso ne abbiano fatto per istabilire il testo Bolognese ossia la Vulgata. Pare che nello stabilire il testo Bolognese i Glossatori si sieno bensì serviti di una copia del manoscritto Pisano, ma che questa copia fosse stata corretta su d'un manoscritto più antico. Tutti i manoscritti posteriori si sarebbero fatti su questi due elementi, e le loro varianti non sarebbero che errori e congetture. Il manoscritto originario che servì di base al testo Bolognese sembra sia stato difettoso, e che dal libro XXXV in poi sia stato completato coll'aiuto del testo Pisano. Ora siccome non esiste un testo autentico delle Pandette, come non esiste delle altre parti della legislazione giustinianea, così è chiaro che per istabilire il vero testo delle compilazioni giustinianee non resta altra via che quella di ricorrere alla critica scientifica coll'aiuto di tutti i mezzi che ci porgono i materiali tanto anteriori che posteriori a Giustiniano.

*Edizioni delle Pandette.* — Le principali edizioni sono le seguenti: 1° Editio princeps colla glossa, e cioè il digesto vecchio

[1] Circa al piano della divisione dei frammenti vegg. i miei *Elementi di Diritto Romano*, vol. I. pag. 232 e seguenti. Là è indicata altresì l'altra divisione delle Pandette in sette parti, e quella in Digesto vecchio, nuovo, ed Inforziato.

per opera di Enrico Clayn, Perugia 1476; l'Inforziato per opera di Vito Pücher, Roma 1475; il Digesto nuovo per opera del medesimo editore, Roma 1477; 2° LECTIO HALOANDRINA ossia NORICA, così chiamata perchè si pubblicò a Norimberga nel 1529 per opera di Aloandro, il quale si servì di un esemplare della fiorentina e di varî manoscritti della Vulgata; 3° LECTIO FLORENTINA stampata per cura di Lelio e Francesco Torelli a Firenze nel 1553. Ultimamente è stata pubblicata una nuova bellissima edizione delle Pandette per cura del celebre prof. TEODORO MOMMSEN eseguita sul manoscritto fiorentino nuovamente riscontrato e con riguardo agli altri migliori manoscritti, col titolo: *Digesta Justiniani Augusti*, Berolini apud Weidmannos.

*Metodo di citare le Pandette.* — Il metodo migliore per citare le Pandette è quello di incominciare l'indicazione del frammento e del paragrafo, facendo susseguire l' intestazione del titolo, e aggiungendo in fine, per maggior facilità delle ricerche, il numero del libro e del titolo. Esempio: fr. 3, § 1 *de rei vind.* VI, 1. Altro esempio: fr. 26 de V. O. (45. 1) od anche L. 26 D. de V. O. 45. 1.

## III. — DEL CODICE IN PARTICOLARE

Il Codice, come fu già osservato, contiene in compendio le costituzioni imperiali da Adriano fino a Giustiniano.

*Divisione del Codice* — Il Codice è diviso in dodici libri; i libri si suddividono in titoli, ed i titoli si compongono di un numero più o meno grande di costituzioni imperiali, disposte per ordine cronologico, talora mutilate e talora intiere. Ogni costituzione porta in fronte il nome dell' imperatore dal quale venne emanata e il nome della persona alla quale venne diretta. Alla fine della costituzione si trova l'indicazione del luogo e dell' anno della sua data; esistono però alcune costituzioni senza data.

*Manoscritti del Codice.* — Molti sono i manoscritti del Codice, ma pochi i buoni; e nessuno è così antico nè così completo come il manoscritto delle Pandette fiorentine. In alcuni manoscritti sono omesse intiere costituzioni, in altri le costituzioni non sono inserte che per estratti, e quasi tutti poi mancano degli ultimi tre libri, dedicati al diritto pubblico e l' applicazione dei quali aveva dovuto cessare di buon'ora. D' onde venne l' uso che soltanto i primi nove libri si insegnavano nelle scuole, e soltanto quelli si trovano nelle edizioni antiche.

*Edizioni del Codice.* — Di queste meritano speciale menzione l'edizione *Principe* stampata a Magonza nel 1475, quella di Aloandro (Hoffmann) stampata a Norimberga, e principalmente quella di Hermann del 1868.

*Metodo di citare il Codice.* — Le costituzioni del Codice si citano nella stessa guisa che i frammenti delle Pandette, colla differenza che invece di *fr.* (frammento) si adopra la lettera *c.* che indica *constitutio.* Esempio: c. 12 § 1 *qui potiores* VIII. 18. Alcuni autori adoperano invece delle iniziali *fr.* e. *c* l'iniziale *L*, che indica *Legge*, ma allora sono obbligati ad aggiungervi un *D* od un *C*, secondo che la legge è del Digesto o del Codice. Il passo succitato del Codice si citerebbe in questo modo: L. 12 § 1 C. *qui potiores* VIII. 18.

### IV. — DELLE NOVELLE IN PARTICOLARE.

Giustiniano non lasciò nessuna raccolta ufficiale delle sue Novelle. Esistono però tre collezioni private, le quali differiscono l'una dall'altra e pel numero delle novelle che contengono e per l'ordine in cui sono collocate. Queste tre raccolte private sono:

1° L'*epitome Juliani*, un compendio latino di 125 Novelle, compilato nel 556 da Giuliano, professore di diritto all'accademia di Costantinopoli.

2° L'*authenticum* ossia *liber authenticorum* od anche *versio vulgata*, una raccolta di 134 novelle, le latine nel loro testo originale, e le greche tradotte in lingua latina: d'origine ignota; la qual raccolta nel secolo duodecimo era assai divulgata in Italia. [1]

3° La raccolta di 168 Novelle, delle quali 153 di Giustiniano, le altre dei suoi successori, specialmente di Giustino e Tiberio II. [2]

## XI.

## Del corpus iuris iustinianei nel suo complesso.

Le quattro collezioni del diritto giustinianeo che abbiamo partitamente esaminate nel capo precedente sono conosciute sotto il nome generico di *corpus iuris civilis*, la quale espressione era già

[1] L'edizione migliore è di Heimbach, Lipsia 1846.
[2] Le migliori edizioni sono di Haloander del 1531 e di Ossenbrüggen del 1868.

stata adottata dai Glossatori che al pari di noi consideravano la legislazione giustinianea come un sol tutto. I Glossatori avevano diviso il *corpus iuris civilis* in cinque volumi. Il primo conteneva il Digesto vecchio, il secondo l'Inforziato, il terzo il Digesto nuovo, il quarto i primi nove libri del Codice, e il quinto finalmente gli ultimi tre libri del Codice, le Istituzioni, la versione vulgata dalle Novelle divisa in nove collazioni nonchè due libri di diritto feudale che unitamente ad alcune leggi dell'impero formavano la decima collazione.

Fra le varie edizioni dell'intiero *corpus iuris iustinianei* devonsi distinguere le glossate e quelle senza glossa, alcune delle quali sono arricchite di note e commenti, altre senza annotazioni di sorta. Non bisogna confondere le edizioni *glossate* con quelle annotate. Le *glosse* si sono originate dalla forma esegetica della quale rivestivano il loro insegnamento delle collezioni giustinianee i primi professori di diritto in Bologna, specialmente Irnerio e i suoi successori fino ad Accursio. Le *glosse* chiamaronsi quelle note formanti un commentario non interrotto sul testo delle compilazioni giustinianee, mercè le quali quei professori cercavano di spiegare il diritto romano con questo diritto medesimo, ora grammaticalmente, ora e più principalmente sotto il rapporto giuridico, e più che altro per mezzo di rinvii ai passi paralleli o colla conciliazione delle apparenti antinomie. Queste glosse, dalle quali quei professori ebbero il nome di glossatori, furono dapprima inserite tra le linee del testo (glossa interlineare) poscia nel margine (glossa marginale) ed indi unite assieme a quelle degli altri glossatori (*apparatus*). Le varie glosse sparse in una grande moltitudine di manoscritti furono nel secolo decimoterzo riunite da Accursio, il quale ne trasse il meglio e vi mise anche del proprio. Codesto lavoro di Accursio è noto sotto il nome di *glossa ordinaria*. Le edizioni glossate contengono per lo appunto la glossa di Accursio. Alcune di queste edizioni glossate sono state arricchite di note e commenti, altre contengono la pura glossa; vi sono poi edizioni, come tutte le moderne, che sono senza glossa. Noi indicheremo le migliori edizioni glossate e non glossate.

*Edizioni glossate.* — Le migliori edizioni colla glossa sono: 1° le nove edizioni stampate a Venezia negli anni 1482-1507 presso Giovanni Battista Forti; 2° le cinque edizioni stampate a Lione negli anni 1510-1536 presso Fadin; 3° le dodici edizioni stampate a Lione negli anni 1538-1575 presso Hugo a Porta. 4° Le varie

edizioni di Contius stampate a Parigi presso Nivellio, e specialmente quella del 1576; 5° le edizioni di Dionigi Gotofredo stampate a Lione nel 1589 e negli anni posteriori; 6° l'ultima edizione glossata (che più delle altre merita essere raccomandata) fu per cura Fehii stampata a Lione nel 1627 in sei volumi in foglio.

*Edizioni non glossate.* — Come si disse, alcune delle edizioni senza glossa sono arricchite di note, altre ne vanno prive. Fra le edizioni senza glossa e senza note meritano di essere raccomandate quelle di Elzevir, e specialmente quella stampata ad Amsterdam nel 1664 che si distingue tanto per nitidezza che per correttezza, benchè a pagina 150 del primo volume vi si trovi il grossolano errore tipografico di pars *secundus* invece di *secunda*, per cui è conosciuta anche sotto il nome di « *Pars secundus.* »

Fra le edizioni senza glossa ma annotate meritano di essere raccomandate specialmente le seguenti: 1° l'edizione di Roussard stampata a Lione nel 1560-61 in due volumi in foglio; 2° quella di Contius stampata a Parigi nel 1560-62 in nove volumi in ottavo, ed a Lione in quindici bellissimi volumetti; 3° quella di Charondas stampata in Anversa nel 1575; 4° quella di Pacius stampata a Ginevra nel 1580; 5° quelle di Gotofredo ch'ebbero moltissime ristampe fra le quali primeggia quella di Amsterdam nel 1663 pubblicata per cura di Simon van Leeuwen; 6° quella di Gebauer e Spangenberg a Gottinga nel 1796-97 in due volumi in-4.; 7° l'edizione steriotipa dei fratelli Kriegel stampata a Lipsia nel 1833 e negli anni posteriori; 8° quella di Mommsen e Krüger di cui è uscito il primo volume nel 1871. Quest'ultima edizione è la migliore.[1]

## XII.

## Vicende del diritto romano in Oriente.

Benchè la legislazione giustinianea siasi conservata per molto tempo come diritto positivo dell'impero bizantino, ciò nondimeno essa subì molti cangiamenti. Anzitutto la lingua latina in cui erano scritte le Istituzioni, le Pandette ed il Codice ne resero neces-

[1] La Ditta *Bocca* di Torino sta preparando una edizione, colla traduzione italiana in fronte, e con commenti. Facciamo voti che quest'opera colossale corrisponda ai nostri desideri.

saria la traduzione in lingua greca; in secondo luogo furono pubblicate molte leggi dai successori di Giustiniano, e da ultimo per la troppa estensione del Digesto e del Codice vennero in uso i compendî greci. Fra le più notevoli opere greche sulla legislazione di Giustiniano, che possono consultarsi con sommo vantaggio per la retta interpretazione del diritto giustinianeo, sono la parafrasi di Teofilo ed i libri basilici.

*Parafrasi di Teofilo.* — Poco dopo la pubblicazione delle *Istituzioni* di Giustiniano, Teofilo, professore di diritto all'accademia di Costantinopoli, ne dettò ai suoi scolari una traduzione in lingua greca. Questa traduzione ha un'importanza somma, poichè Teofilo, siccome fu uno dei compilatori delle *Istituzioni* e delle *Pandette*, aveva studiato le fonti genuine della romana giurisprudenza e da quelle trasse le spiegazioni.

*Basilici.* — Le numerose costituzioni dei successori di Giustiniano, le contradditorie interpretazioni dei giureconsulti e le varianti che si erano introdotte nelle traduzioni greche delle leggi, resero indispensabile una revisione del corpo del diritto. Un primo tentativo fu fatto da Basilio I detto il Macedone, il quale aveva concepito il grandioso progetto di comporre una collezione sistematica di tutto il diritto giustinianeo e delle leggi posteriori. La sua morte ne impedì la esecuzione. Suo figlio Leone, detto il filosofo, condusse a termine quel lavoro che è conosciuto sotto il nome di *Libri basilici.* I Basilici sono divisi in libri, i libri in titoli, i titoli in capi ed i capi in paragrafi. Il sistema dei Basilici è in complesso quello del Codice giustinianeo, ma il contenuto dei singoli titoli differisce assai da quello del Codice. Imperocchè ogni titolo contiene tutte le disposizioni che nel corpo delle leggi giustinianee sono sparse nelle diverse collezioni, di guisa che i Basilici sono una compilazione sistematica delle diverse raccolte giustinianee e d'altre leggi posteriori in un corpo solo. È evidente che i Basilici sono di grande aiuto per la retta interpretazione del diritto giustinianeo, dappoichè essi vennero compilati su traduzioni che rimontano ai tempi di Giustiniano. La loro importanza si accresce per gli scolií che li accompagnano, i quali sono pei Basilici ciò che la glossa è pel corpo delle leggi giustinianee, colla differenza che gli scolii sono presi dalle opere di giureconsulti che vivevano ai tempi di Giustiniano e che quindi possedevano le opere originali dei giureconsulti romani. La migliore edizione dei Basilici è di Heimbach, Lipsia 1833.

## XIII.

### Vicende del diritto romano in Occidente.

Le compilazioni di Giustiniano erano destinate per l'Oriente, ma con speciale patente vennero promulgate anche in Italia, e quando Giustiniano ne scacciò gli Ostrogoti, prescrisse l'osservanza delle sue leggi colla *sanctio pragmatica* del 554, e le fece studiare nelle scuole. Da quest'epoca in poi il diritto romano giustinianeo resse sempre l'Italia nonostante i mutamenti politici che ebbe a subire, e si sa positivamente che anche durante la dominazione longobarda si insegnava il diritto romano a Roma, a Ravenna, a Bologna, e più tardi anche a Pavia, nella quale ultima città il diritto romano si insegnava accanto al diritto longobardico. Tuttavia nei primi secoli delle dominazioni straniere il diritto romano menava una vita stentata ed inerte, quando nel XII secolo lo vediamo sorgere da quel letargo, essere oggetto dello studio di tutte le persone più colte, e per ultimo reggere qual legge vivente i paesi più civili d'Europa. Questo stupendo risorgimento del diritto romano ebbe principio in Bologna. Sul termine del decimo secolo, l'Italia cominciava a riaversi dalla lunga oppressione barbarica, il commercio e le arti vi rifiorivano, il ben essere vi ritornava. Le città lombarde erano arrivate ad un alto grado di ricchezza e di prosperità, e la nuova vita che animò il loro commercio ed i loro affari esigeva un diritto civile ben più sviluppato di quello che potevano offrire i pochi compendî delle leggi giustinianee allora in uso e che erano stati appena sufficienti per un'epoca rozza. Quel diritto si trovò nelle compilazioni giustiniane che tuttora esistevano e che studiate a fondo bastavano pienamente a tutti i bisogni dell'epoca.

Il primo a porsi con successo all'opera fu Irnerio, che circa il principio del secolo duodecimo aperse a Bologna sua patria l'insegnamento del diritto romano. Esistevano bensì anche prima di lui scuole di diritto a Roma, Ravenna, Pavia e nella stessa Bologna, ma la reputazione di quella di Irnerio le eclissò siffattamente che appena ne rimase un barlume nella memoria degli scrittori di quel tempo. Le lezioni di Irnerio, che deve risguardarsi come il fondatore della scuola dei Glossatari, attrassero da tutte

le parti d'Europa la gioventù in Italia, ed in folla accorrevasi in questa classica terra a far tesoro di un sapere allora peregrino. Dalla scuola di Irnerio uscirono abili giureconsulti che ritornando in patria diffondevano le cognizioni giuridiche romane attinte in Bologna ed eccitavano un desiderio irrefrenato per lo studio del diritto romano. Il principato civile incoraggiava questo studio per farne argomento di opposizione al diritto canonico. Per cotal guisa il diritto romano fu accolto in tutta Europa, e vi ebbe vigore fino al principiare di questo secolo, e vige tuttavia in molti Stati; ed anche i nuovi codici di diritto civile che furono pubblicati in questi ultimi tempi presso le varie nazioni europee, tolte poche modificazioni richieste dai tempi e dall'indole locale, non sono che compendi della legislazione civile romana.

# ISTITUZIONI

DI

# DIRITTO ROMANO

COMPARATO AL DIRITTO CIVILE PATRIO

---

## LIBRO PRIMO

## TEORIE GENERALI

### CAPO I.

DEI DIRITTI IN GENERALE.

### § 1.

**Concetto e divisione dei diritti.** [1]

Il diritto in senso obbiettivo (come si è detto già nell' introduzione, capo II) è la norma o il complesso delle norme prescritte alle azioni umane e la cui esecuzione è garantita dal potere sociale. Queste norme o regole creano delle prerogative a favore di certe persone e impongono doveri a delle altre: queste prerogative derivanti dal diritto obbiettivo e da esso garentite chiamansi diritti (diritti in senso subbiettivo, *iura*).

Preso in questo significato subbiettivo, il diritto suole definirsi la facoltà riconosciuta e protetta dallo Stato di fare certi atti o di pretendere che altri faccia od ometta di fare qualche cosa nel nostro interesse.

I diritti in senso subbiettivo hanno per necessario correlativo i doveri, e secondochè il dovere corrispondente ad un diritto è una mera conseguenza del diritto, o ne costituisce tutto il tenore, i diritti sono assoluti o relativi.

*Diritti assoluti.* — Come si è detto, i diritti diconsi assoluti, quando il dovere ad essi corrispondente è una *mera conseguenza* del diritto stesso. Così, per esempio, se io ho il diritto di proprietà di una cosa, io posso fare della cosa mia quello che più mi piace, ed è dovere di tutti di non molestarmi nell' esercizio

---

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette*, I. § 21-23.

del mio diritto; ma questo mio diritto non consiste già nel dovere che a tutti incombe di rispettare la mia proprietà, ma bensì nella proprietà stessa, cioè nel diritto che io ho di disporre a modo mio della cosa che mi appartiene. Il dovere dei terzi adunque non è che una *conseguenza* del mio diritto.

*Diritti relativi.* — Diconsi relativi i diritti, quando il dovere ad essi corrispondente costituisce *tutto il tenore* del diritto stesso. Così, per esempio, se io ho un credito di mille lire verso Tizio, tutto il mio diritto consiste nell'obbligazione che ha Tizio di pagarmi quelle mille lire di cui mi è debitore: tostochè Tizio ha adempito a questa sua obbligazione, il mio diritto è estinto.

Esaminando attentamente i diritti assoluti e relativi, si vede tosto che il dovere corrispondente ai primi è negativo ma generale, e quello corrispondente ai secondi è positivo ma incombe soltanto ad una o più persone determinate. Di qui è venuto che alcuni autori chiamano assoluti i diritti che si possono far valere contro tutti, e relativi quelli che si possono far valere soltanto verso una o più determinate persone. Il fatto sta; ma il vero carattere distintivo dei diritti assoluti e relativi non è già quello di poterli far valere contro tutti o contro pochi, ma sta nella corrispondenza universale fra diritti e doveri. Da questa corrispondenza universale poi risulta la conseguenza che nei diritti assoluti il dovere incombe a tutti ed è puramente negativo, mentre nei diritti relativi esso non incombe che ad una od a più determinate persone ed è un dovere positivo.

I diritti assoluti abbracciano tutti i diritti di famiglia e quella parte dei diritti patrimoniali che si conoscono sotto il nome di diritti reali (*iura in rem*). I diritti relativi invece costituiscono l'altra parte dei diritti patrimoniali, a cui si dà il nome di diritti di obbligazione, e si chiamano anche diritti di credito od anche diritti patrimoniali personali *(iura in personam seu obligationes)*. Ciò merita una maggiore dilucidazione.

I diritti privati si dividono per lo appunto in due grandi categorie, cioè in diritti famigliari e in diritti patrimoniali.

*Diritti di famiglia.* — I diritti di famiglia consistono in una relazione meramente personale di più persone tra loro, in forza di cui l'una è in qualche modo soggetta all'altra, e tutte hanno diritti e doveri reciproci, che *immediatamente* e *direttamente* non risguardano che la persona, come per esempio le relazioni fra genitori e figliuoli, fra marito e moglie e simili.

*Diritti patrimoniali.* — I diritti patrimoniali sono quelli che si riferiscono ai beni esterni della natura ossia al patrimonio di una persona. Essi si suddividono alla lor volta in diritti reali e in diritti di obbligazione.

*Diritti reali.* — I diritti reali hanno per oggetto *immediato* una cosa, la quale viene ad essere *direttamente* soggetta al nostro potere. Essi possono definirsi: una disponibilità giuridica immediata sopra una cosa corporale. La nozione di questi diritti reali non presenta che due soli elementi, cioè una persona a cui compete il diritto, e la cosa corporale che ne forma l'oggetto. Per tal modo il diritto reale si presenta sempre come un rapporto immediato fra persona e cosa. Tale per esempio è il diritto di proprietà. Questo diritto si compone per lo appunto di due soli elementi, cioè del proprietario e della cosa corporale che forma oggetto della proprietà. Il diritto di proprietà colpisce direttamente la cosa, che ne forma l'oggetto, senza che sia necessario l'intervento di altra persona. Lo stesso dicasi di tutti gli altri diritti reali, che sono le servitù, l'enfiteusi, la superficie e il diritto reale di pegno e d'ipoteca. Il carattere distintivo di tutti i diritti reali è, come dissi, l'applicazione immediata e diretta del nostro potere giuridico ad una cosa corporale.

*Diritti di obbligazione.* — I diritti di obbligazione sono quelli che si hanno contro una determinata persona la quale sia costretta a dare o fare qualche cosa. Essi potrebbero definirsi un diritto alla prestazione ossia al fatto di una terza persona. Come si vede, la nozione dei diritti di obbligazione presenta non due ma *tre* elementi, cioè in primo luogo una persona a cui compete il diritto (creditore), in secondo luogo una persona determinata contro cui quel diritto compete (debitore), e in terzo luogo il fatto ossia la prestazione che il creditore può pretendere dal debitore.

Di regola avviene che anche per mezzo di un diritto di obbligazione possiamo ottenere una cosa che altri siasi obbligato a darci; ma la cosa è così poco essenziale all'esistenza di quel diritto, che esso esisterebbe quand'anche divenisse impossibile l'ottenerla. E viceversa i diritti reali cessano tostochè venga a mancare la cosa che ne forma l'oggetto. E qui si presenta la somma importanza pratica della distinzione fra i diritti reali e i diritti di obbligazione. I diritti reali hanno per oggetto immediato una *cosa corporale;* i diritti di obbligazione hanno per oggetto immediato il *fatto* di una terza persona: i diritti reali consistono in ciò

che noi possiamo agire giuridicamente sopra una cosa corporale e disporne in tutto o in parte a seconda dei casi, ma non possono mai consistere in ciò che altri dia o faccia qualche cosa; in quella vece i diritti di obbligazione non stabiliscono nessun rapporto diretto tra noi e la cosa che una terza persona si è obbligata a dare o fare, ma essi consistono sempre ed esclusivamente in ciò che noi possiamo pretendere che quella persona dia o faccia ciò a cui è obbligata: i diritti reali si possono far valere contro tutti coloro che volessero opporre ostacoli all'esercizio del nostro diritto; per contrario i diritti di obbligazione non possono farsi valere che contro la persona obbligata.

## § 2.

### Beneficî e privilegi.[1]

Per rapporto alla fonte, da cui derivano, i diritti sono normali *(iura)* od anormali *(privilegia)*.

I diritti normali sono quelli che derivano da una regola giuridica generale che va producendo novelli diritti ogni qualvolta ne esistono i requisiti. Per esempio, è norma giuridica generale che chi compra un oggetto, ne debba pagare il relativo prezzo. Ogni qualvolta adunque taluno avrà venduto una cosa verso un determinato prezzo, avrà diritto di chiedere il pagamento, e questo suo diritto è un diritto normale, perchè fondato sopra una regola giuridica generale applicabile a tutti quelli che si trovano in quelle date condizioni prevedute dalla legge.

I privilegi sono quelli che derivano da una concessione speciale ed eccezionale del potere sovrano. Si chiamano privilegi, appunto perchè, invece di fondarsi sopra una regola valevole per tutti o per una data classe di persone, sono prodotti da una legge eccezionale in favore di uno o più determinati individui *(lex in privos lata)*, senza che se ne possano prevalere altri individui, quand'anche si trovassero nelle identiche condizioni.

Da non confondersi coi privilegi sono i beneficî di legge, i quali, come vedremo, appartengono ai diritti normali. E difatti i diritti normali si suddividono in diritti comuni ed in diritti singolari. Diconsi comuni quelli che derivano da una regola giuridica che è in armonia coi principî fondamentali del diritto ed è comune a tutte le classi di persone: diconsi singolari quelli che derivano

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 23.

da una regola giuridica singolare che per motivi di pubblica utilità decampa dai principî sommi e direttivi del diritto. I diritti singolari chiamansi anche beneficî di legge.

Così è un beneficio di legge quello dei minori di poter chiedere la restituzione in intiero in caso di lesione nei contratti da essi conchiusi. Che siffatto beneficio di legge non sia un privilegio risulta da ciò che chiunque si trova in quelle medesime condizioni può approfittarne. Lo stesso dicasi del beneficio accordato ai soldati di poter testare senza le formalità prescritte pei testamenti ordinarî; delle disposizioni emanate a favore delle donne, dei figli di famiglia, degli assenti a di altre classi di persone. La norma giuridica, da cui le donne, i minori, i figli di famiglia, i soldati, gli assenti ec., derivano quel dato beneficio, è bensì una norma singolare dettata da motivi di pubblica utilità, ma non è una *lex in privos lata*, in quantochè non è fatta per alcuni individui determinati, ma per tutte quelle persone che si trovano in quella tal condizione. È un errore quindi quello di confondere i beneficî di legge accordati a queste classi di persone, i quali sono veri diritti normali, coi privilegi che per essere affatto eccezionali non meritano nemmeno il nome di veri diritti.

## CAPO II.

### DEI SUBBIETTI DEI DIRITTI OSSIA DELLE PERSONE.

### § 3.

#### Concetto di persona. [1]

Ogni diritto suppone necessariamente un subbietto cui esso compete. Questo subbietto chiamasi persona. Persona adunque è soltanto colui che è riconosciuto capace di diritti. In altri termini nella sfera del diritto il concetto di personalità coincide con quello di subbiettività giuridica.

In base alla posizione che l' uomo occupa nell' ordine giuridico, il concetto primitivo di persona è sinonimo con quello di uomo. D' onde conseguita che, secondo quest' idea primitiva, ogni uomo dovrebbe essere persona, e nessun altro fuori di lui; ma questa identità di concetto non è riconosciuta dalle leggi romane. Le quali, restringendo od allargando l' idea primitiva, negarono la

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 24.

personalità a degli individui umani, e d' altra parte la concedettero ad esseri non umani. E così esistono in diritto romano persone che non sono individui umani, ed esistono degli uomini che non sono persone, cioè gli schiavi.

Nel diritto moderno, e più specialmente nel diritto civile italiano, non sono più ammessi gli schiavi, poichè tutti gli uomini sono riconosciuti come capaci di diritto, ossia come persone; ma anche pel Codice civile esistono persone che non sono esseri umani, e quindi tanto per diritto romano quanto per diritto civile moderno si deve dare della persona la seguente definizione: persona è ogni essere cui la legge considera capace di diritto. Ora siccome questa capacità giuridica viene attribuita non solo ad individui umani, ma ben anche ad esseri astratti, così le persone si dividono in fisiche e giuridiche.

## § 4.

### Requisiti della personalità fisica.

Persona fisica è l'uomo fornito di capacità giuridica. Due adunque sono i requisiti della fisica personalità, cioè l' esistenza di un individuo umano e la capacità giuridica del medesimo.

Esistenza dell' uomo. — Non si può parlare dell' esistenza di un uomo, se non quando è nato vivo, vitale e con forma umana.

L' uomo dev' essere *nato*. Perchè l'uomo possa dirsi nato, richiedesi perfetta separazione dal corpo della madre, senza riguardo poi ai mezzi impiegati per ottenere quella separazione, la quale può avvenire anche con mezzi artificiali.[1] Il feto nell' alvo materno non è che un embrione che forma parte delle viscere materne[2]. Ma sebbene il feto non sia giuridicamente un uomo, ma soltanto una speranza d' uomo, la legge però rispetta in lui la futura umanità, e gli riserva i diritti pel caso che col nascimento acquisti la capacità giuridica.[3]

---

[1] Fr. 12. pr. de liberis XXVIII. 2.

[2] Fr. 1 de inspic. ventre XXV, " Partus, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. „ Lo stesso è detto al fr. 9. ad legem Falcidiam XXXV. 2.

[3] Fr. 7 de statu hominum I. 5: „ Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius agatur, quamquam alii nequaquam prosit. „ Il concepito non peranco nato chiamasi *nasciturus*: alla difesa dei diritti riservati al nascituro la legge prepone un curatore (fr. 20 pr. de tut. et curat. XXVI, 5). Lo stesso principio è sancito dall' art. 236 del Codice civile italiano.

In secondo luogo l'uomo dev'essere nato *vivo*. Se l'infante muore prima di essere separato dalla madre, sia che la morte avvenga nell'alvo materno, sia che avvenga durante il parto, esso si considera come non nato, e però non può nè acquistare nè trasmettere diritti.[1] Quanto alla prova della vita del neonato, i Proculeiani ritenevano come condizione indispensabile ch'egli si fosse fatto sentire colla voce, i Sabiniani al contrario si contentavano di qualunque altro segno di vita: la qual sentenza venne accettata come la più giusta anche da Giustiniano. La prova che una persona sia nata viva incombe a colui che da quel fatto intende derivare dei diritti.[2]

In terzo luogo il parto deve essere *vitale*, vale a dire l'infante deve avere raggiunta nel corpo della madre la maturità necessaria alla continuazione indipendente della vita. Un parto non ancora maturo, che non può continuare la vita, se non se in unione colla madre, non può conseguire alcuna capacità giuridica per effetto della sua uscita dal seno materno, dalla quale anzi viene condotto a necessaria morte. Un tal parto mancato *(abortus)* è piuttosto da parificare all'infante nato morto, e, al pari di questo, egli dev'essere considerato come non mai esistito.[3]

Perchè l'infante sia vitale non è però necessario che sia nato nel settimo mese dopo il concepimento, come a torto pretendono alcuni interpreti del diritto romano. Il fr. 12 *de statu hominum* I, 5, sul quale si fondano, non suffraga minimamente la loro teoria altrettanto arbitraria quanto pericolosa, dappoichè quel frammento dice semplicemente che un infante nato nel settimo mese di matrimonio si deve presumere legittimo, ma non dice punto che chi sia nato prima manchi necessariamente della vitalità: quel fram-

---

[1] Fr. 129 de Verb. Signif. L. 16: " Qui mortui nascuntur, neque na i neque procreati videntur. "

[2] Difatti ognuno ha il carico di provare concludentemente l'esistenza di tutti quei fatti che formano la base giuridica della sua domanda. Di qui viene inoltre che se il fatto della nascita è provato o non è contestato, ma la controversia si aggira intorno all'essere quella persona stata vivente all'epoca dell'aprimento dei diritti che si reclamano in nome suo, spetta a chi afferma che a quel tempo quella tal persona era ancora viva il darne la prova Così è stabilito anche dal Codice civile (Art. 42).

[3] Pauli Rec. Sent. IV. 9. § 6: " Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur. " Conf. const. 2 de post. her. inst. VI. 29; § 1 de exhered. lib. II, 13, e Pauli Rec. Sent. IV. 9, § 1 ove si legge: " Matres tam ingenuæ quam libertinæ cives Romanæ, ut ius liberorum consecutæ videantur, ter et quater peperisse sufficiet, dummodo vivos ET PLENI TEMPORIS pariant. "

mento adunque si riferisce alla legittimità e non alla capacità giuridica. Non bisogna quindi equivocare sulla parola *vitalità*. Parto non vitale, nel senso vero e proprio della parola, indica parto abortivo, ossia un feto che all'uscita dal seno materno è ancora in istato di embrione, e per conseguenza, a motivo della maturità mancante, non può continuare la sua vita fuori dell'alvo della madre e indipendentemente da essa. Il più delle volte un simile infante non vitale o viene al mondo già morto o muore durante il parto, ma può benissimo accadere, ed anzi accade non così di rado, ch'esso viva anche dopo la nascita e muoia dappoi per mancanza della vitalità, e in tal caso è come se non fosse mai nato.

Anche il nostro Codice, senza adottare la falsa dottrina di coloro che ricusano la capacità giuridica a chi è nato prima di centottantadue giorni della gestazione,[1] si limita a stabilire in genere che la vitalità è condizione della capacità di diritto, con che dà a divedere che lascia ai giudizi particolari il determinare, tenuto conto della costituzione del parto, se esso sia o non sia vitale.[2] In dubbio si presume la vitalità.[3]

Da non confondersi col caso dell'infante non vitale è il caso di colui che nato dopo compito il tempo ordinario della gestazione è affetto da un vizio organico che rende impossibile il prolungarsi della sua esistenza (non vitalità impropriamente detta). Un tale infante non manca della vitalità in senso proprio della parola, e quindi non può per ciò solo essere privato della personalità. E difatti per l'infante, che nel seno materno ha già raggiunta la maturità necessaria a poter continuare indipendentemente la vita fuori del medesimo, è l'unione colla madre l'*unico* ostacolo alla capacità giuridica. Questo ostacolo cessa appena che l'infante è nato per intiero. Or bene un infante che ha raggiunta una volta la capacità giuridica non può più esserne privato retroattivamente per la morte verificatasi, in modo che debbasi ritenere, ch'egli

---

[1] Alcuni autori insegnano doversi ritenere non vitale chi è nato prima di 180 giorni dal concepimento, quand'anche fosse vissuto per qualche tempo, e ciò in appoggio all'art. 160 Cod. civile! Quest'articolo stabilisce semplicemente la presunzione della *legittimità* del figlio nato non prima dei centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, e non si occupa nè punto nè poco della questione della *vitalità*.

[2] Cod. civ. art. 161, n. 3; art. 724. n. 2, combinato cogli articoli 764 e 1053; art. 1063.

[3] Cod. civ. art. 724 in fine.

non sia mai stato persona. E nulla può influire la quantità di tempo che l'infante ha vissuto, nè la qualità del motivo per cui è seguita la morte: insomma basta che il parto abbia superato lo stato embrionale e perciò abbia condotto una vita indipendente, sia lunga o breve. Ma la cosa corre ben diversamente col parto che muoia prima di aver superato lo stato di embrione. Siccome egli non ha avuto in genere la capacità di vivere indipendente fuori dell'alvo materno, così non si può parlare con verità di una vita in senso proprio. Egli non fu che germe e speranza di un uomo; la morte ha deluso questa speranza, ed ha impedito che il germe si svolgesse a diventare un uomo. [1]

La *forma umana* è altro dei requisiti per l' esistenza di un uomo: i mostri ed i prodigi non si considerano come uomini, nè sono dalle leggi protetti. [2]

Capacità giuridica dell' uomo. — Secondo i principî generali del diritto basta essere uomo per essere persona; ma per diritto romano l' uomo come tale non è persona, ma soltanto quell'uomo che dalla legge è riconosciuto capace di diritti. Ora questa capacità è dalle leggi romane negata agli schiavi, i quali, anzichè essere subbietti di diritti, si considerano come oggetto del diritto altrui; la libertà adunque è il fondamento principale e indispensabile di ogni e qualsiasi personalità, cioè della capacità giuridica in genere. Essa però non basta da sola per attribuire i diritti *civili*, dappoichè questi non competono che al cittadino romano: la cittadinanza romana adunque è il fondamento principale della personalità civile. Per aver poi la *piena* capacità dei diritti civili e politici, è necessario che il libero cittadino romano appartenga ad una famiglia agnatizia, dappoichè presso i Romani l' agnazione è la base di tutti i diritti politici e di parecchi diritti civili. Per tal modo la libertà, la cittadinanza e la famiglia costituiscono in diritto romano il fondamento della capacità giuridica, civile e politica, e costituiscono lo stato propriamente detto delle per-

---

[1] Vegg. Wächter Comm. De partu vivo non vitali (Lipsiæ 1863-1866), Windscheid Pandekten I § 52 nota 8, della Carlina, *Monitore dei Tribunali* IX n. 4 e 6. — L'egregio profes. Bianchi (a pag. 339 del suo bellissimo corso elementare di diritto civile) non fa differenza alcuna tra non vitalità propria e impropria, e nega la personalità anche al parto *maturo*, quando per un vizio organico non può continuare la vita. La teoria da noi esposta ci sembra più conforme ai sommi principî del diritto, meno pericolosa, meno arbitraria e di più facile applicazione.

[2] Fr. 14 de statu hominum I, 5.

sone *(caput)*. Si danno adunque tre condizioni giuridiche o stati, cioè lo stato di libertà, lo stato di cittadinanza, lo stato di famiglia.[1]

§ 5.

**Dello stato di libertà.**

LIBERTÀ E SCHIAVITÙ. — Per diritto romano gli uomini sono liberi o schiavi.

L'uomo libero era colui che aveva il dominio di se stesso. Gli uomini liberi si distinguevano poi in ingenui e libertini. Ingenuo è chi è nato libero e non ha mai cessato di esserlo; libertino è chi ha ottenuto la libertà mediante liberazione da una giusta schiavitù.[2]

Lo schiavo non era padrone di sè, ma era semplicemente obbietto del dominio altrui. La schiavitù era la negazione della personalità: lo schiavo era una cosa commerciabile al pari dei cavalli, muli, asini e via discorrendo. Se il padrone abbandonava il suo schiavo, questi non acquistava la padronanza di sè, ma rimaneva giuridicamente schiavo *(servus sine domino)*, era considerato come una cosa derelitta (*res nullius*) che cedeva in proprietà al primo occupante, precisamente come si trattasse di un animale selvaggio o di un' altra cosa senza padrone. — Il padrone valevasi dello schiavo come del giumento nelle opere. Incapace di diritti e di obbligazioni lo schiavo non poteva acquistare che pel suo padrone. Così gli schiavi furono uno dei più grandi strumenti di utilità del padre di famiglia romano, ed il modo di valersene fu vario secondo i diversi stadî della romana civiltà. Essi venivano impiegati nella coltura delle terre, nei lavori domestici, nel commercio, nella navigazione e nelle arti meccaniche. Essi potevano bensì far contratti, amministrare un peculio, ricevere legati e donazioni, dirigere un negozio od un naviglio, ma in tutti questi casi essi non erano che un mezzo ossia uno strumento del loro

---

[1] Fr. 11, de capite minutis IV, 5; " tria enim sunt, quæ habemus: libertatem, civitatem, familiam. "

[2] Pr. de ingenuis I, 5; fr. 6 de statu hominum I, 5. Si è detto *giusta* servitù, perchè se un uomo libero, creduto erroneamente schiavo, vien manomesso dal suo padrone putativo non cessa di essere ingenuo, perchè giuridicamente è sempre stato libero. I libertini di fronte al loro liberatore (patrono) si chiamano liberti.

padrone. Ogni qualvolta adunque figuravano in negozi giuridici, gli schiavi non vi figuravano già in nome proprio, nè quali mandatarî, ma come puro strumento e quasi una lunga mano del loro padrone, il quale, invece di parlare colla propria voce o di scrivere colla propria mano, adoperava la voce e la mano del suo schiavo.

Origine della schiavitù. — Gli schiavi sono tali per nascita o per un fatto posteriore. Nascono schiavi i figli di una donna schiava. Nel diritto antico questo principio valeva in tutto il suo rigore, per cui se il figlio era stato concepito da donna libera, ma questa cadeva in ischiavitù prima del parto, il figlio nasceva schiavo. Il quale principio venne poi modificato, e in favore della libertà fu stabilito che i figli di donna schiava, che fosse stata libera anche un solo momento durante la gestazione, dovessero ritenersi come liberi.[1]

Molte erano le cause per cui un uomo libero diventava schiavo per un fatto posteriore alla nascita; una di queste cause, cioè la prigionia di guerra, era *iuris gentium*, cioè valeva presso tutti i popoli dell'antichità; le altre erano proprie del diritto civile romano.

*Perdita della libertà per diritto delle genti.* — Come si disse, la causa, posteriore alla nascita, che dava origine alla schiavitù per diritto delle genti, era la prigionia di guerra.

Era massima del diritto internazionale antico che la guerra rompeva ogni rapporto giuridico fra i belligeranti i quali si consideravano reciprocamente come privi di personalità, come oggetti di occupazione. Di qui nasceva che tutto ciò che veniva tolto al nemico apparteneva all'occupante, e che anche i prigionieri facevano parte del bottino di guerra. E questo diritto era reciproco, per cui diventavano schiavi tanto i cittadini romani che cadevano nelle mani dell'inimico, come i nemici che venivano fatti prigionieri dai romani, semprechè, s'intende, ciò avvenisse in una guerra fra nazione e nazione e non in una guerra civile. Che se taluno fosse caduto in mano dei masnadieri, egli era bensì di fatto privato dell'esercizio della sua libertà, ma non diventava schiavo *(in servitute sed non servus)*; lo stesso si dica di coloro che perdevano la libertà di fatto negli scontri cui dava luogo una guerra civile.

---

[1] Pauli Sent. Rec. II, 24, § 1, 2, 3: pr. Inst. de ingenuis 1. 4.

In relazione stretta colla prigionia di guerra stanno il diritto di postliminio e la finzione della legge Cornelia. Per diritto di postliminio, se i prigionieri di guerra riuscivano a sottrarsi alla prigionia, passando i confini del territorio nemico (limina) e dopo giungevano nel territorio romano, acquistavano la libertà e venivano considerati come se non l'avessero mai perduta.[1] Se poi morivano in prigionia, per una benigna finzione della legge Cornelia si consideravano come morti nel momento in cui stavano per essere fatti prigionieri, e per conseguenza come morti liberi. Per tal finzione restavano validi i loro testamenti, ed in mancanza di testamento succedevano gli eredi legittimi.[2]

*Perdita della libertà per diritto civile.* — Fra le molteplici cause, posteriori alla nascita, che davano origine alla schiavitù per diritto civile, meritano essere brevemente accennate le seguenti:

Il cittadino romano che si sottraeva dolosamente al pubblico censimento o al servizio militare diventava schiavo.

Chi era giudizialmente confesso di un debito veniva aggiudicato al suo creditore e perdeva così la libertà di fatto. Se poi questo debitore insolvente rimaneva moroso per altri trenta giorni dopo l'aggiudicazione, egli diventava schiavo del suo creditore che lo poteva vendere in territorio straniero (*trans Tiberim*).

Il cittadino romano superiore ai vent'anni che dolosamente acconsentiva di figurare come schiavo per farsi vendere, e dividere col finto padrone il prezzo di vendita, diventava schiavo in pena della frode.

La donna libera che si era congiunta con uno schiavo conoscendone la condizione, e persisteva in quell'unione nonostante il triplicato divieto del padrone di quello schiavo, poteva con sentenza essere dichiarata schiava di detto padrone al quale passavano anche le sostanze della donna divenuta schiava.[3]

Il condannato a morte od ai lavori pubblici diventava schiavo e dicevasi *servus poenæ*, appunto perchè non diventava proprietà di nessuno, ma era schiavo della pena.

Altra causa di schiavitù era la *revocatio in servitutem propter ingratitudinem*. I libertini che si rendevano colpevoli di grave

---

[1] Gaio I, 129; Ulp. X. 4.

[2] Ulp. XXIII, 5; Pauli Rec. Sent. III, 4, § 5; fr. 18 e 22 de captivis XLIX, 15 e fr. 12 qui test. fac. poss. XXVIII, I.

[3] Gaio I, § 84, 91; Pauli Rec. Sent. II, 1, § 21; const. un. de S. C. Claud. toll. VII, 24.

ingratitudine verso i loro patroni potevano da questi essere rivocati nella schiavitù.

Di tutte le accennate cause di perdita della libertà non sono rimaste nel diritto giustinianeo che le seguenti quattro, cioè prigionia di guerra, condanna capitale od ai lavori pubblici, rivocazione in ischiavitù per ingratitudine, e la frode di colui che si fa vendere dolosamente per partecipare al prezzo.[1]

Estinzione della schiavitù. — La schiavitù si estingue per legge o per manomissione. Dei casi di estinzione per legge basterà accennare i seguenti due. La schiava che veniva prostituita da chi l'aveva comprata sotto condizione di non prostituirla diventava libera per espressa disposizione di legge. Così pure diventava libero, in forza del senatusconsulto Silaniano, lo schiavo che denunziava l'omicida del proprio padrone. — La causa più importante di estinzione della schiavitù è la manomissione

*Della manomissione.* — La manomissione è un atto giuridico con cui il padrone trasferisce la sua proprietà sullo schiavo allo schiavo medesimo, il quale in questa guisa diventa padrone di sè.

La manomissione adunque si riduce ad una traslazione di dominio. Nel diritto antico non vi era che una sola specie di dominio, cioè il dominio civile (*dominum ex iure Quiritium*), e quando questo dominio cadeva sopra una *res mancipi*, quali erano appunto gli schiavi,[2] esso non poteva validamente trasferirsi che in modo solenne. Quindi per essere civilmente efficace, anche la manomissione doveva farsi in forma solenne. Le forme solenni di manomissione erano tre, cioè per *vindictam*, per *censum* e per *testamentum*.

*Manumissio per vindictam.* — La manomissione per *vindictam* è una simbolica rivendicazione della proprietà. Il padrone e lo schiavo comparivano dinanzi al pretore: ivi un amico, *assertor in libertatem*, prendendo una bacchetta chiamata *vindicta*,[3] toccava lo schiavo e pronunciava queste solenni parole: « *hunc ego hominem liberum esse aio ex iure Quiritium.* » Il padrone, lungi dall'opporsi, riconosceva giusta la domanda dell' *assertor in libertatem*, e pronunciando le parole: « *hunc ego hominem liberum esse volo* »

---

[1] § 4 I. de iure personarum I, 3.

[2] Vegg. più sotto § 21.

[3] La *vindicta* ossia *festuca* rappresentava la lancia, la quale figurava in tutte le dispute sulla proprietà di cui era il simbolo.

gli faceva fare una giravolta e lo lasciava andare.[1] Il pretore aggiudicava allo schiavo la reclamata libertà ossia la padronanza di se stesso.[2] Col tempo scomparvero i simboli e si ritenne bastevole a compiere la manomissione che il padrone col servo si presentasse al pretore ed il padrone manifestasse la sua volontà di manomettere lo schiavo.[3]

Esaminando attentamente la manomissione per *vindictam* nella sua originaria forma, si vede tosto ch'essa è nè più nè meno che un simbolico trasferimento di proprietà: in altri termini la manomissione dello schiavo fatta in quel modo corrisponde perfettamente alla *in iure cessio* ch'era per lo appunto uno dei modi solenni di trasferimento della proprietà.[4]

*Manumissio per censum.* — La manomissione per censo consisteva in ciò che il padrone presentava lo schiavo al censore e lo faceva iscrivere sulle tavole del censo nel novero dei cittadini romani. Il censore operava una trascrizione, inquantochè iscriveva come cittadino chi prima vi figurava come cosa formante parte del patrimonio del suo padrone.[5] Ma le iscrizioni nel censo non producevano il loro effetto se non *lustro condito*, e per conseguenza lo schiavo manomesso durante questo intervallo, cioè fra

---

[1] Se si fosse trattato di una vera e seria causa di proprietà, il padrone si sarebbe opposto alla vindicatio mediante una contravindicatio, ma siccome non si trattava che di un processo finto e simbolico, inquantochè il padrone aveva per lo appunto l'intenzione di liberare lo schiavo e di riconoscere in lui la padronanza di sè medesimo, così acconsentiva alla domanda che in nome dello schiavo faceva il vindice ossia l'assertor in libertatem.

[2] Festus voc. *Manumitti;* Cic. Top. C. 2; Theophil. I, 5, § ult., combinati con Gaio I, 119, II, 24. Ulp. XIX, 10 e fr. 23, de manumiss. vind. XL, 2.

[3] Fr. 7 e 8 de manumiss. vind. XL, 2.

[4] Della *in iure cessio* parleremo nel §. 61. Qui basterà osservare che la in iure cessio era una simbolica rivendicazione. Ecco come si esprime Gaio, parlando della in iure cessio, come modo di trasferire la proprietà (II, 24): " In iure cessio hoc modo fit: apud magistratum is cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: *hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*; deinde postquam hic vindicaverit, prætor interrogat eum qui cedit, an contravindicet, quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit. " — E Ulpiano (XIX. 10) così si esprime: " *Vindicat is cui ceditur, cedit dominus, addicit prætor.* "

[5] Ulp. § 8; Cic. pro Cæcina c. 34; Theoph. ad § 4 de lib. 1, 5. La trascrizione censuaria è una nuova conferma dell'opinione manifestata nel testo che la manomissione è per lo appunto un'alienazione solenne di una cosa mancipabile. E difatti le cose mancipabili, come vedremo nel capo delle divisioni delle cose, venivano iscritte nei libri censuari. Ora se una cosa mancipabile, come era per lo appunto lo schiavo, doveva comparire nel censo come appartenente ad un nuovo proprietario, bisognava naturalmente che il censore operasse la relativa trascrizione. (Vegg. VANGEROW *Latini Juniani*, e BOETIUS *ad Top. Cic.* Capitolo 2).

una *lustratio* e l' altra, non acquistava la sua libertà se non che spirato il lustro. Ai tempi di Vespasiano sparì il *census lustralis* e con esso andò a cessare anche questa maniera di manomissione.

*Manumissio per testamentum.* — La manomissione per testamento avviene mediante la solenne dichiarazione che il testatore fa nel suo testamento di voler libero il suo schiavo (*Stichus servus meus liber esto*).

Avvenendo questa manomissione diretta, il manomesso diventato liberto del testatore chiamavasi *libertus orcinus*, appunto perchè il patrono era *ad orca*.[1]

*Delle manomissioni meno solenni e di quelle provenienti dal non proprietario.* — Le manomissioni solenni, di cui abbiamo parlato, erano le sole riconosciute efficaci a trasferire al manomesso il pieno dominio civile di se medesimo, cioè la libertà e la romana cittadinanza. Che se il padrone avesse usato una forma meno solenne, scrivendo per esempio al suo schiavo una lettera nella quale lo avesse dichiarato libero (*per epistolam*), o manifestando la sua volontà di manomettere lo schiavo con una semplice dichiarazione fatta in presenza di amici (*inter amicos*), o permettendo allo schiavo di assidersi alla sua mensa (*inter mensam*), lo schiavo non acquistava la padronanza di sè, ma rimaneva giuridicamente schiavo. In tal caso lo schiavo acquistava il semplice possesso, ma non il dominio di se medesimo; in altri termini egli acquistava una mera libertà di *fatto*, ma non di *diritto*. La cosa era naturale. Gli schiavi erano *res mancipi*; per trasferire la proprietà di una *res mancipi* occorreva un atto solenne; un atto meno solenne, come la semplice consegna (*traditio*), trasferiva il solo possesso, non già la proprietà. Lo stesso avveniva quando si faceva bensì uso delle forme solenni della manomissione, ma questa proveniva da chi non aveva la proprietà sullo schiavo. E difatti nessuno può trasferire ad altri quello che non ha egli stesso, e per conseguenza non può trasferire allo schiavo un diritto che non ha.

*Delle manomissioni producenti la libertà latina.* — Da quanto abbiamo detto risulta che in diritto romano antico la manomissione o produceva libertà romana o non produceva libertà di sorta. In

---

[1] Gaio II, 267 Ulp. II, 8.

altri termini, gli schiavi manomessi da chi ne aveva il diritto e colle forme volute dalla legge diventavano liberi cittadini romani, gli altri rimanevano schiavi; non c'era via di mezzo. Così nel diritto antico che non ammetteva che una sola specie di proprietà. Ma la cosa cambiò aspetto lorquando il dominio si bipartì. Come vedremo nella storia del dominio, alla fine della repubblica si introdusse una seconda specie di proprietà, cioè il dominio del diritto delle genti, conosciuto sotto il nome di *in bonis esse* o dominio bonitario.[1] Formatosi questo duplice dominio, dovette necessariamente formarsi anche una duplice libertà, dappoichè questa è per lo appunto un dominio di se stesso. E così avvenne. La legge Giunia Norbana, promulgata sotto Tiberio, ordinò che gli schiavi manomessi senza solennità di forme, e quelli manomessi con forme solenni da chi non aveva su di loro che il solo dominio bonitario, acquistassero il dominio bonitario di se stessi, cioè la libertà latina.[2] Per tal modo si formò una classe intermedia fra cittadini e peregrini, cioè i *Latini*, così chiamati perchè parificati ai Latini delle colonie, e da questi contradistinti col nome di *Juniani*, perchè fatti liberi dalla legge *Junia Norbana*.[3]

Giustiniano abolì ogni differenza fra libertà romana e libertà latina, e stabilì che gli uomini liberi fossero tutti cittadini dell'impero.[4]

---

[1] Gaio II, 40: " Olim... aut ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus, sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. " V. più sotto § 60.

[2] Gaio III, 56; Ulp I, 10; Dosith. § 8.

[3] Gaio III, 56. — Come si vede, anche qui si ripete lo stesso fatto che si verifica nel trasferimento della proprietà delle cose mancipabili. Se una cosa mancipabile invece di venir trasferita colle solennità della mancipatio o della in iure cessio, vien trasferita mediante la semplice consegna (traditio), l'aquirente acquista soltanto il dominio bonitario, ma non il dominio civile. Precisamente lo stesso accade nella manomissione. Colla manomissione senza solennità si trasferisce allo schiavo il semplice dominio bonitario di sè stesso, cioè la libertà latina. " *Nam*, dice Gaio II, 41, *si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit.* "

[4] Tit. Cod. De lat. lib. tollenda VII. 6. Questa riforma di Giustiniano era una logica conseguenza dell'abolizione del duplice dominio, della quale parleremo nella storia della proprietà. Giustiniano abolì anche le altre distinzioni di libertà, ed in ispecie tolse la libertà deditizia (const. un. de dedititia libertate tollenda). I deditizi erano quei manomessi che, durante la schiavitù, avevano dovuto espiare delle pene corporali in conseguenza di un delitto. Questi deditizi non potevano abitare in Roma e nel circondario dentro le cento miglia, sotto pena di divenire schiavi del popolo romano, esclusa ogni possibilità di poter mai diventare cittadini romani (Gaio I. 13; Ulp. I. 11; § 3 de libertinis I, 5).

*Patroni e liberti.* — Gli uomini liberati dalla schiavitù per manomissione, considerati di fronte al manumittente, chiamansi *liberti*, e il manumittente chiamasi *patrono*. Il patrono aveva diritto all'ossequio ed alla riverenza del suo liberto ed inoltre aveva i diritti del prossimo agnato; ma per altra parte egli era obbligato ad alimentare il liberto in caso di bisogno, sotto pena di decadere dal diritto di patronato.

## § 6.

### Dello stato di cittadinanza.

Nel diritto romano antico gli uomini liberi si distinguevano in cittadini e in peregrini (*cives* e *non cives*).

I soli cittadini romani godevano di tutti i diritti civili e politici; i peregrini non godevano in Roma alcun diritto politico, e rispettivamente ai diritti privati essi non potevano invocare che l'*ius gentium* e non partecipavano punto dell'*ius civile Romanorum*.

I diritti politici erano l'*ius suffragii* e l'*ius honorum*, consistente il primo nel diritto di voto nei comizî, e il secondo nel diritto di aspirare alle romane magistrature. I diritti civili poi stavano racchiusi nell'*ius connubii* e nell'*ius commercii*. Il *connubium* era la facoltà di contrarre matrimonio secondo le leggi civili romane e con tutti gli effetti stabiliti dalle medesime, fra i quali primeggiavano i diritti della patria potestà e di agnazione. Il *commercium* era la facoltà di conchiudere negozi giuridici secondo il diritto civile romano; di acquistare la proprietà romana; di far testamento colle forme romane e cogli effetti del diritto civile romano, di figurarvi come erede, legatario o testimone (testamentifazione attiva e passiva).

Acquisto della cittadinanza. — La cittadinanza romana si acquistava in modo speciale per nascita, per manumissione e per concessione speciale.

*Per nascita.* — Il figlio nato da matrimonio di persone che fra loro avevano il *connubium*, giuste nozze, era cittadino se tale era il padre al momento della generazione. Il figlio nato da un'unione sessuale fra persone che non erano unite in giuste nozze acquistava la condizione che la madre aveva al momento del *parto*.

*Per manomissione.* — Nel diritto romano antico, perchè la manomissione producesse cittadinanza romana, era necessario che

provenisse da un cittadino romano avente il dominio civile sullo schiavo manomittendo, e che avvenisse colla solennità delle forme prescritte dal diritto civile. Le manomissioni fatte in modo difettoso o da chi non aveva il dominio civile sullo schiavo erano in origine del tutto inefficaci a dare la libertà, e più tardi non conducevano tutto al più che alla libertà latina. [1]

I latini, come osservammo già nel paragrafo precedente, erano una classe intermedia fra i cittadini romani ed i peregrini, e si distinguevano in *coloniarî* e *iuniani*. I latini coloniarî erano i cittadini delle colonie romane. I latini giuniani erano quei libertini che, in mancanza di una manomissione esattamente conforme al diritto civile, non acquistavano su di sè il dominio civile romano *(civitas)*, ma soltanto il dominio del diritto delle genti, di conformità alla legge giunia-norbana. I latini tenevano, nel diritto privato, un posto di mezzo fra i cittadini ed i peregrini, inquantochè godevano dell'*ius commercii*, ma erano esclusi dall' *ius connubii.* [2]

Della estimazione civile. — Il diritto di romana cittadinanza, per le molte prerogative pubbliche e private che procurava a chi ne era investito, gli attribuiva naturalmente una certa dignità esteriore, e infondeva negli altri una certa stima. Questa stima o considerazione personale costituiva pel cittadino una specie di stato ch' egli conservava nella sua integrità fino a tanto che la sua condotta rimaneva civilmente irriprensibile. [3] Ma questo stato d' illesa dignità, come lo chiamavano i Romani, poteva perdersi totalmente o poteva diminuirsi. Esso si perdeva colla perdita della libertà o della cittadinanza. [4] Esso si diminuiva per molte cause, fra le quali primeggiavano la relegazione, la remozione dall' ordine equestre,

---

[1] Vegg. il § precedente. — Vi erano poi dei casi in cui i Latini ed anche i Peregrini potevano acquistare la cittadinanza romana. Intorno a ciò è a vedersi in Gaio I, 28-34, 66-96 e in Ulpiano III, 1 e VII, 4. — Quanto al terzo modo d' acquisto della cittadinanza romana, cioè la concessione graziosa, basterà osservare che questa veniva in origine accordata dal popolo e dal senato e più tardi dall' imperatore, a beneficio di singole persone ed anche a favore di intiere provincie.

[2] È però da osservare che i Latini Giuniani, sebbene avessero in tesi generale l' *ius commerci*, erano privi della capacità di far testamento, di acquistare per testamento e di essere nominati tutori testamentari (Gaio I, 23). Nel diritto giustinianeo non esiste più alcuna differenza fra latini e peregrini: tutti i sudditi dell' impero sono cittadini, e gli stranieri (cioè i popoli fuori della civiltà romana) si chiamano barbari.

[3] Fr. 5, § 1, de extraord. cognit *L.* 13: " Existimatio est dignitatis illesæ statu legibus ac moribus comprobatus. " V. Arndts-Serafini, *Pand.* I, § 29.

[4] Fr. cit. § 3: " Consumitur quoties magna capitis diminutio intervenit. "

l'esclusione dai pubblici impieghi, la fustigazione, e in modo speciale la infamia.[1]

*Dell' infamia.* — Le cause che facevano incorrere nell'infamia erano indicate nell'editto pretorio,[2] e si possono dividere in due categorie. Le une risultano immediatamente e direttamente dall'esercizio di certe professioni o da certe azioni turpi designate dalla legge o dall'editto (infamia immediata); le altre presuppongono una sentenza di condanna per crimine o delitto o in base ad una delle quattro azioni infamanti, cioè l'azione di mandato, di deposito, di società o di tutela (infamia mediata). L'infamia portava seco la perdita dei diritti politici, e di regola, anche l'incapacità di *postulare*, cioè di stare in giudizio come procuratori e mandatarî di altri e di intentare azioni popolari o d'interesse pubblico.

Della cittadinanza secondo le leggi del regno. — Anche le nostre leggi distinguono i diritti civili dai politici. I primi sono quelle facoltà che si esercitano nei rapporti delle persone private tra loro e che sono conferite dal diritto privato. I secondi derivano dal diritto pubblico, e consistono nelle facoltà per le quali i cittadini possono partecipare all'esercizio del potere pubblico coll'eleggere od essere eletti ai vari corpi rappresentativi o coll'assumere uffici od impieghi pubblici, come sarebbero le funzioni di sindaco, di giurato ec.

I diritti civili competono anche agli stranieri (art. 3 Cod. civ.), non però i diritti politici; ed anche in linea del diritto civile lo straniero è soggetto alle leggi della nazione a cui appartiene per tutto ciò che riguarda il suo stato e la sua capacità personale.[3]

Secondo il codice civile italiano è cittadino: il figlio di padre cittadino (articolo 4); il figlio di padre ignoto, ma nato da madre

---

[1] F. cit. § 2.

[2] Fr. 1 de his qui notantur inf. III, 2. V. Arndts-Serafini, *Pand.* I. §. 31.

[3] Art. 6 dispos. preliminari del Cod. civ. E da questo deriva, come osserva egregiamente il prof. Bianchi, che una parte considerevole e importantissima dei diritti civili, ammessi e regolati dalle nostre leggi, possono non spettare agli stranieri od essere regolati per loro da altri principî, essere soggetti ad altre condizioni, essere diversi nei loro effetti. Così, per esempio, il diritto di contrarre matrimonio ad una certa età, e con persona parente in un determinato grado, o non ostante la tale circostanza, il diritto di riconoscere o legittimare i figli nati fuori di matrimonio, quello di adottare, quello di patria podestà con tutti gli attributi che ne discendono; quello di divenir maggiore ad una data età ecc. sono fuor di dubbio diritti civili; ma pure questi diritti potranno essere assai diversi pel cittadino e per lo straniero, potranno competere all'uno ed essere negati all'altro, od essere regolati differentemente quanto alle condizioni di loro esistenza ed ai loro effetti legali.

cittadina (art. 7); il figlio nato nel regno da genitori ignoti (art. 7, capoverso 2). In alcuni casi il figlio è semplicemente *riputato* cittadino, vale a dire egli è cittadino del regno sino a dichiarazione contraria;[1] in alcuni altri è data facoltà di eleggere la qualità di cittadino italiano[2] o viceversa quella di straniero.[3] Da ultimo vi sono dei casi pei quali lo straniero acquista la cittadinanza. Così la donna straniera che si marita ad un cittadino diventa cittadina e conserva questa cittadinanza anche vedova (art. 9); lo straniero può inoltre acquistare la cittadinanza colla naturalità, la quale si concede per semplice decreto reale agli Italiani non regnicoli, Trentini, Istriani, mentre pei non Italiani si richiede apposita legge;[4] infine acquistano la cittadinanza la moglie ed i figli minori dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza, semprechè abbiano anch'essi fissato la residenza nel regno (art. 10, capoverso 3).

---

[1] Sono riputati cittadini: il figlio nato nel regno ed ivi residente, nato da padre che ha perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, o da padre ignoto, ma da madre che ha perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio (art. 3 e 7); il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti, od anche da minor tempo quando detto figlio abbia accettato un impiego, oppure abbia servito o serva nell'armata nazionale, od abbia altrimenti soddisfatto alla leva militare senza invocarne esenzione per la qualità di straniero (articolo 8); il figlio nato in paese estero da padre che ha perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, o da padre ignoto ma da madre che ha perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, qualora questi abbia, come nel caso precedente, accettato un impiego nel regno o servito nell'armata (art. 6, capoverso 2 e art. 7, capoverso 1).

[2] Possono eleggere la qualità di cittadino: 1. i figli nati in paese estero da padre che ha perduto la cittadinanza prima del loro nascimento (art. 6), o da padre ignoto, ma da madre che abbia perduto la cittadinanza prima del loro nascimento (art. 7); 2. i figli nati nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da meno di dieci anni (art. 8), purchè tanto in questo caso quanto nei due casi del numero precedente i detti figli facciano l'analoga dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile o davanti i regi agenti diplomatici o consolari, e fissino nel regno il loro domicilio entro l'anno dalla fatta dichiarazione (combinati art. 5, 6, 7, 8).

[3] Possono eleggere la qualità di straniero: 1. I figli nati nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da 10 anni non interrotti; 2. i figli minori dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza colla naturalità; 3. i figli di padre che ha perduto la cittadinanza prima del loro nascimento, o da padre ignoto, ma da madre che ha perduto la cittadinanza prima del loro nascimento. In tutti questi tre casi però è necessario che essi facciano l'analoga dichiarazione entro l'anno dall'età maggiore, determinata secondo le leggi del regno (comb. art. 5, 7, 8, 10).

[4] Art. 10 combinato colla legge 17 dic. 1860, art. 1.

## § 7.

### Stato di famiglia

Fondamento naturale della famiglia. — Il fondamento naturale della famiglia è la parentela di sangue ossia la cognazione.[1] Essa si definisce il rapporto tra due o più persone che discendono l'una dall'altra, o che tutte discendono da un comune autore.[2] Nel primo caso le persone sono congiunte in *linea retta*, nel secondo *in linea collaterale.* La linea retta si distingue in discendente e ascendente: la prima lega lo stipite con quelli che ne discendono; la seconda lega una persona a coloro dai quali essa discende.[3]

I parenti sono più o meno prossimi. Per determinare i gradi di parentela si guarda al numero delle generazioni. Ogni generazione compone un grado. E così si ha la regola seguente: Tanti sono i gradi, quante sono le generazioni; e tante sono le generazioni, quante sono le persone, eccettuato sempre lo stipite.[4] I figli, per esempio, trovansi col padre in primo grado di parentela, perchè tra figlio e padre avvi una sola generazione; i figli dei figli sono parenti in secondo grado coll'avo, perchè fra avo e nipote *ex filio* vi sono due generazioni, cioè quella dalla quale è nato il padre, e quella dalla quale è nato il nipote; i figli dei figli dei figli (pronipoti) trovansi col proavo in terzo grado di parentela. Questi sono esempi di linea retta discendentale. Nella linea retta ascendentale il padre costituisce il primo grado, l'avo il secondo, il proavo il terzo, l'abavo il quarto e così di seguito. La regola sovranunciata per la determinazione dei gradi vale tanto nella linea retta che nella linea collaterale. La linea collaterale suppone che due individui esistano in due diverse linee rette, aventi origine dalla medesima persona. Ora il grado di parentela, che corre fra quelli individui, è uguale al numero delle generazioni che incontransi nel risalire da uno dei medesimi fino allo stipite comune e nel discendere poi da questo stipite comune all'altro. Così, per esempio, volendo conoscere in che grado di parentela sono i fratelli, bisogna prima risalire da

---

[1] V. Arndts-Serafini. *Trattato delle Pandette* I, § 38-39.
[2] Fr. 4 § 1 de grad. XXXVIII, 10; Cod. civ. art. 48.
[3] Fr. 4 § 1 de grad. 38, 10; Cod. civ. art. 50.
[4] § 7 e 8 de grad. cogn. III, 6; Cod. civ. art, 49,

uno di questi fratelli al padre, e troviamo una generazione ossia un grado; poi discendere dal padre all'altro fratello, e troviamo un'altra generazione: laonde concluderemo che i fratelli sono fra loro parenti in secondo grado, che nella linea collaterale è il grado più prossimo. Se si trattasse di due cugini, siccome per risalire da uno di essi allo stipite comune, cioè all'avo, ci vogliono due generazioni, e due per discendere all'altro cugino, ne viene che essi sono parenti fra loro in quarto grado; i biscugini lo sono in sesto grado e così di seguito. Gli esempî ora riferiti sono tutti di linea collaterale *uguale*, perchè i parenti si trovano alla medesima distanza dallo stipite comune, come due fratelli, due cugini, due biscugini; quando invece l'uno è più lontano dell'altro dallo stipite comune, la linea è *disuguale*. Così, per esempio, è disuguale la linea nella parentela fra zio e nipote, che sono fra loro parenti in terzo grado, perchè dallo zio allo stipite comune basta una generazione, mentre ce ne vogliono due da questo al nipote. — Quando di due parenti l'uno è fratello dell'ascendente dell'altro, come è per lo appunto il caso di zio e nipote, si dice esistere *respectus parentelæ*.

La cognazione ossia parentela può essere semplice o doppia. La cognazione doppia si verifica specialmente nei seguenti casi: 1° quando due persone congiunte col legame di cognazione procreano un figlio: in tal caso il figlio è in doppia cognazione coi genitori;[1] 2° quando due persone, che fra loro non sono congiunte col legame di cognazione ma hanno un parente comune, procreano un figlio;[2] 3° quando due persone imparentate generano dei figli con due persone che sono pure fra loro parenti; 4° quando due persone imparentate si uniscono in matrimonio successivo con una stessa persona e generano dei figli.

I fratelli che discendono dai medesimi genitori si conoscono sotto il nome di germani, quelli che hanno comune soltanto il padre si chiamano *consanguinei*, e quelli che hanno comune soltanto la madre diconsi *uterini*.

---

[1] Per esempio: Un cugino prende in moglie una cugina, dalla quale ha un figlio. Questo figlio è in doppia parentela col suo genitore, cioè in primo grado in quantochè fra lui e il suo genitore evvi una generazione, e poi anche nel quinto, poichè egli e il suo genitore discendono dallo stesso stipite mediante cinque generazioni.

[2] Per esempio, se taluno sposa in seconde nozze la sorella della sua prima moglie ed ha figli anche da essa, i figli di questi due matrimonî sono insieme fratelli e cugini, fratelli perchè figli del medesimo padre, cugini perchè figli di due sorelle.

Fondamento civile della famiglia. — Oltre la parentela naturale del sangue (cognazione) avvi una parentela civile che chiamasi *agnazione.* Questa è un legame di famiglia puramente giuridico dipendente dalla rigorosa dominazione del capo di famiglia e dal carattere particolare della patria potestà dei Romani. Il cittadino romano, cioè, aveva sotto la sua patria potestà non solamente i suoi figliuoli nati dal legittimo matrimonio, ma eziandio i suoi nipoti nati dal matrimonio dei suoi figliuoli; come pure i suoi pronepoti e così di seguito. Egli poteva inoltre acquistare la patria potestà sopra altre persone che non erano suoi discendenti naturali, e ciò mediante l'adozione. In questa guisa poteva avvenire che si formasse una famiglia assai estesa, composta unicamente di persone che erano tutte unite dal medesimo legame di patria potestà. Tutte queste persone si chiamavano agnati. Il rapporto di agnazione una volta stabilito durava senza interruzione, anche quando la morte del comun capo di famiglia avesse rotto in seguito il legame comune della patria potestà, e per conseguenza una parte di quelli ch'erano soggetti a quella potestà fossero diventati essi medesimi capi indipendenti delle proprie famiglie. In tal caso la grande famiglia originaria si spezzava per formare varie famiglie meno estese, le quali erano sotto certi aspetti indipendenti l'una dall'altra, ma ciò nondimeno avevano fra loro un legame comune di agnazione e di famiglia. Il legame di agnazione però si estingueva qualora la patria potestà che ne formava la base venisse a cessare per qualunque altro avvenimento fuori che la morte del padre di famiglia. Il figlio emancipato, per esempio, cessava di essere agnato, poichè non apparteneva più alla famiglia agnatizia. Da quanto esponemmo risulta che l'agnazione comprende *tutte quelle persone che sono soggette alla medesima patria potestà*, *o che almeno vi sarebbero soggette*, *se il comun padre di famiglia non fosse morto.* Ora siccome i nati dalla figlia non si sarebbero mai trovati sotto la potestà del loro avo materno, così ne segue ch'essi non appartengono alla sua famiglia, e che a riguardo suo e degli altri suoi discendenti hanno bensì la qualità di parenti naturali (cognati), ma non quella di agnati. Così si spiega la definizione che degli agnati dà Ulpiano al paragrafo 3.° titolo XI, dei suoi frammenti: « *Agnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes*, *eiusdem familiæ.* » La qual definizione però manca, secondo alcuni, di esattezza, inquantochè non tutti gli agnati sono eziandio *cognati* (a pa-

tre cognati), essendo agnati anche tutti quelli che per adozione entrano nella famiglia dell'adottante, sebbene essi non sieno legati da nessun vincolo di cognazione col loro padre adottivo.

Della famiglia presso i Romani. — Varî sono i significati di *famiglia* presso i Romani. Ora significa l'insieme delle persone che si trovano sotto il potere del padre di famiglia; ora l'insieme dei beni del padre di famiglia; ora l'insieme degli schiavi sottoposti alla potestà dominicale del padre di famiglia. Col nome di famiglia più propriamente s'intende l'insieme degli agnati.[1] La famiglia, in questo suo vero senso, era importantissima nel diritto romano antico; poichè la famiglia, oltrechè era il fondamento dei diritti politici, era altresì la base dei più importanti diritti civili. E difatti la famiglia era la base dell'eredità legittima e della tutela legittima. Ecco il motivo per cui i Romani consideravano lo stato di famiglia come il fondamento dei diritti civili e politici, e la sortita dal nesso di famiglia come una diminuzione di capo.

La famiglia romana, come l'abbiàmo ora considerata, poggia sopra un fondamento del tutto artificiale e presenta una composizione affatto arbitraria. E per verità, oltrechè la famiglia romana comprende persone che non sono punto unite da effettiva comunione d'origine, come per esempio i figli adottivi, essa esclude tutti i parenti che discendono per via di donne, cioè tutti i parenti materni ed una parte dei parenti paterni. Per tal modo, mentre due persone nel decimo od anche nel ventesimo grado fanno parte della medesima famiglia, perchè discendono *ex eodem masculo per masculos*, il figlio non è in alcun legame civile colla sua madre e coi parenti materni. Di qui l'iniqua conseguenza che un *agnato* del decimo grado esclude dall'eredità civile il *cognato* in secondo grado, appunto perchè, come si disse, l'eredità legittima si fonda tutta sull'agnazione, e punto sulla cognazione. Questo sistema dovette necessariamente provocare una reazione, specialmente nel diritto di eredità. Dapprima incominciò il pretore a dare la debita importanza alla cognazione, e Giustiniano ha quasi completamente soppressa l'agnazione, rendendo così alla natura i suoi diritti ed alla famiglia il suo vero ed unico fondamento razionale, cioè la comunione d'origine ossia la cognazione.— Nel diritto novissimo, e più specialmente nel diritto civile italiano, s'intende per famiglia l'insieme delle persone unite fra loro dal

---

[1] Fr. 195, § 2 de Verb. Signif. 50, 16.

vincolo naturale o di sangue della cognazione: la cognazione è ormai la base della successione intestata e della tutela legittima.

Della gentilità. — In relazione stretta colla famiglia stava, nel diritto antico, la gentilità, siccome quella ch' era fondata sopra un'estensione artificiale dell'idea giuridica della famiglia. La *gens* costituiva un'importante aggregazione di famiglie, e questa importanza si manifestava non solo nel diritto pubblico, ma eziandio nel diritto privato, imperocchè in mancanza di agnati erano i gentili chiamati all'eredità legittima ed alla tutela legittima. La gentilità cadde ben presto in disuso: tant'è che già fin dai tempi di Gaio era un'istituzione puramente storica e non aveva più alcun valore pratico (Gaio III, 17).

Dell' affinità. — L'affinità è un rapporto analogo alla parentela, e come tale sta in qualche relazione colla famiglia. L'affinità può definirsi il legame che in sequela del matrimonio si stabilisce fra l'uno dei coniugi ed i parenti dell'altro coniuge. Essa può esistere in linea retta, come per esempio fra l'uno dei coniugi ed i discendenti od ascendenti dell'altro, o in linea collaterale, cioè fra l'uno dei coniugi e i parenti collaterali dell'altro. Una delle persone per cui si stabilisce l'affinità è sempre il coniuge; e perciò i parenti di uno dei coniugi non sono affini coi parenti dell'altro coniuge, ma soltanto col coniuge stesso.[1] L'affinità non esercita alcuna influenza sui diritti degli affini, se non in quanto che può essere impedimento di matrimonio e crear l'obbligo degli alimenti. — A rigore non vi sono gradi nell'affinità, poichè non nasce mediante generazione: nondimeno si suole applicare all'affinità i gradi della parentela, e si è stabilita la seguente regola: nella stessa linea e nello stesso grado, in cui taluno è parente con uno dei coniugi, nella medesima linea e nel medesimo grado egli è affine coll'altro coniuge.

I medesimi principî e le medesime regole valgono pel Codice civile italiano, art. 52.

## § 8.

### Estinzione della personalità fisica.

Se per costituire una persona fisica si richieggono necessariamente due requisiti, la mancanza d'uno di questi deve bastare

[1] Fr. 4. § 3 e fr. 10, § 13 de grad. 38. 10.

per l'estinzione di quella. La persona fisica adunque può estinguersi o colla morte dell'uomo, o colla perdita degli stati civili.

ESTINZIONE DELLA PERSONA FISICA PER MORTE. — Se la nascita è il principio della personalità fisica, la morte ne è il fine. La morte di un uomo produce di regola molti cambiamenti nelle condizioni economiche delle famiglie, inquantochè i beni lasciati dal defunto passano ai suoi eredi, i quali possono derivare da quella morte diritti talvolta importantissimi. Ora siccome la morte è una circostanza di fatto, e le circostanze di fatto si devono provare da chi ne deduce diritti, così è evidente che in caso di contestazione la morte dev'esser provata da chi sulla medesima fonda i proprî diritti. E siccome talvolta è di somma importanza lo stabilire se una persona sia morta prima di un'altra, così è naturale che chi dalla premorienza o sopravvivenza di una persona intende derivare diritti dovrà dare la prova della circostanza di fatto su cui il diritto si appoggi. A tal riguardo però le leggi romane hanno stabilito le seguenti tre presunzioni. Se due persone periscono nel medesimo infortunio (come incendio, inondazione, naufragio, battaglia, ruina), nè si può constatare quale delle medesime sia morta prima, si presumono morte contemporaneamente; se in egual caso mancano di vita il padre ed il figliuolo *impubere*, si stima perito prima questo poi quello, e se il padre morì nello stesso infortunio con un figliuolo *pubere*, si presume che questi abbia sopravvissuto (Fr. 9, § 4 e fr. 18 pr. *de rebus dubiis*, 34, 5).[1]

Il diritto romano non ammette altre presunzioni; ma sull'autorità del salmo XC v. 10, che considera i settant'anni come termine ordinario della vita, si è formata la seguente massima di diritto consuetudinario. Si presume morto l'assente, di cui si ignora se seguiti la vita, e che avrebbe compiuto i settant'anni se fosse in vita; se poi l'assente fosse stato settuagenario quando si allontanò, lo si ritiene come morto cinque anni dopo la sua partenza, salvo, s'intende, la prova del contrario.

*Dell' assenza secondo il Codice civile italiano* — Il nostro Codice civile non ha riprodotto le presunzioni del diritto romano, e quanto alla presunzione introdottasi nella pratica del diritto comune circa la morte dell'assente, l'esistenza del quale è incerta per mancanza di notizie, il codice nostro distingue i seguenti tre periodi, cioè presunzione di assenza, dichiarazione di assenza e presunzione di morte.

---

[1] Vedi SAVIGNY che al n. 50 esprime un'opinione alquanto diversa.

*Presunzione di assenza.* — La persona che ha cessato di comparire nel luogo dell' ultimo suo domicilio o dell' ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie si presume assente (art. 20). Finchè l'assenza è soltanto presunta, il tribunale civile dell' ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell' assente, se non vi è alcun procuratore, può, sull' istanza degli interessati o degli eredi presunti o del ministero pubblico, nominare chi rappresenti l' assente in giudizio, o nella formazione degli inventarî e dei conti, e nelle liquidazioni e divisioni in cui egli sia interessato, e dare gli altri provvedimenti che siano necessarî alla conservazione del suo patrimonio (art. 21). Se vi è procuratore, il tribunale provvede soltanto per gli atti che non possono farsi dal procuratore in forza del mandato o della legge (ivi).

*Dichiarazione di assenza.* — Dopo tre anni continui di assenza presunta, o dopo sei ove l' assente abbia lasciato un procuratore per amministrare, i presunti eredi legittimi ed in loro contraddittorio i testamentarî, e chiunque creda di avere sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, possono domandare al tribunale che l' assenza sia *dichiarata* (art. 22). Il tribunale, prese le opportune informazioni, pronunzia sulla dimanda di dichiarazione d' assenza, e la sentenza che dichiara l' assenza deve, fra le altre cose, essere pubblicata due volte, coll' intervallo di un mese, nel giornale degli annunzi giudiziarî del distretto e nel giornale uffiziale del regno (art. 22, 23 e 24). Trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l' assenza, il tribunale, sull' istanza di chiunque creda avervi interesse o del pubblico ministero, ordina l' apertura degli atti d' ultima volontà dell' assente. Gli eredi testamentarî, ed in loro mancanza quelli che sarebbero stati eredi legittimi, se l' assente fosse morto nel giorno a cui risale l' ultima notizia della sua esistenza, possono domandare al tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni (art. 26).[1] In forza di tale immissione, essi ottengono l' amministrazione dei beni dell' assente e il godimento delle rendite (articolo 28). Che se durante questo possesso temporaneo l'assente ritorna o viene provata la sua esistenza, cessano gli effetti della dichiarazione di assenza, ed i possessori temporanei dei beni debbono

[1] I legatarî, i donatarî e in genere tutti coloro che avessero sui beni dell' assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, possono chiedere in contraddittorio degli eredi di essere ammessi all' esercizio temporaneo di quei diritti (articolo 26 capoverso 2).

farne restituzione con quella parte di rendita dal cui godimento erano per legge esclusi. (art. 33. [1]) Che se invece viene provato il *tempo* della morte dell' assente, la restituzione deve farsi a coloro che a quel tempo erano suoi eredi (art. 34).

*Presunzione di morte.* — Se l' assenza fu continuata per lo spazio di trent' anni dopo l' immissione nel possesso temporaneo, o se sono trascorsi cent' anni dalla nascita dell' assente e le ultime notizie di lui risalgono almeno a tre anni addietro, il tribunale, sull' istanza delle parti interessate, pronunzia la immissione nel possesso *definitivo*, e dichiara sciolte le cauzioni e cessate le altre cautele che fossero state imposte (art. 36), e gli immessi possono disporre liberamente dei beni dell' assente (art. 37). Che se dopo quest' immissione nel possesso definitivo l' assente ritorna o è provata la sua esistenza, egli ricupera i beni nello stato in cui si trovano (art. 39).

ESTINZIONE DELLA PERSONALITÀ FISICA PER LA PERDITA DEGLI STATI CIVILI (*capitis diminutiones*). — Può essere che una persona fisica conservi la sua qualità di uomo, ma perda la capacità giuridica (*caput*). La perdita della capacità giuridica chiamasi in diritto romano *capitis diminutio.*

Il diritto romano distingue tre specie di *capitis diminutio,* cioè la massima, la media e la minima.

*Maxima capitis diminutio.* — Questa consiste nella perdita della libertà. Essa porta con sè la perdita della cittadinanza e della famiglia, dappoichè uno schiavo non può essere cittadino romano. (Le cause per cui un libero cittadino romano perde la libertà sono state esposte al § 5).

*Media capitis diminutio.* — Questa ha luogo quando il libero cittadino romano perde la cittadinanza romana, conservando la libertà. Essa porta con sè la perdita dei diritti di famiglia, dappoichè in diritto romano la patria potestà, base del diritto di famiglia, non può sussistere che fra cittadini. — La cittadinanza romana si perde per rinuncia e per la *interdictio aquæ et ignis.* L' *interdictio aquæ et ignis* era un mezzo indiretto per obbligare

[1] È appunto in vista di questa eventualità che gli immessi nel possesso temporaneo dei beni devono prestar cauzione (art. 26 capoverso 3). Quanto alla restituzione delle rendite è da osservarsi che, ad eccezione degli ascendenti, discendenti e coniugi, gli altri immessi non godono nei primi trent' anni che una parte delle rendite, e l' altra parte resta riservata all' assente pel caso del suo ritorno entro il trentennio (articolo 31).

il cittadino romano all'esilio, che direttamente non si sarebbe potuto infliggergli. Nell'epoca imperiale questa pena fu applicata sotto forma di deportazione.

Pel Codice civile italiano la cittadinanza si perde: 1.° da chi vi rinunzia con dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile del proprio domicilio e trasferisce in paese estero la sua residenza; 2.° da chi ha ottenuto la cittadinanza in paese estero;[1] 3° finalmente da colui che, senza permissione del governo, ha accettato impiego da un governo estero, o sia entrato al servizio militare di potenza estera. (art. 11).

*Capitis diminutio minima.* — Questa ha luogo quando un libero cittadino romano esce dal legame della famiglia agnatizia. Essa si verifica per diritto giustinianeo nei seguenti tre casi: 1° quando una persona di proprio diritto viene assoggettata al diritto altrui, il che succede coll'arrogazione e colla legittimazione (come sarà meglio spiegato nel capo secondo del libro quarto); 2° quando una persona di diritto altrui entra in una nuova famiglia, il che si verifica nel caso di piena adozione e nel caso di arrogazione pei figli dell'arrogato; e 3° quando una persona di diritto altrui diventa di diritto proprio per emancipazione. Che se la persona di diritto altrui diventa di diritto proprio per morte del padre di famiglia o per certe cariche onorifiche, il nesso agnatizio non si scioglie, e quindi non si verifica la diminuzione di capo. — La diminuzione di capo minima fa perdere tutti i diritti di agnazione, ma siccome nel diritto novissimo i più importanti diritti derivanti dall'agnazione passarono alla cognazione, la quale continua a sussistere ad onta del cangiamento di famiglia, così ne viene che la *capitis diminutio minima* ha ben poca importanza reale.

Secondo i principî del nostro codice non esiste diminuzione di capo minima nel senso vero e proprio. E difatti il nostro codice non riconosce un vincolo civile di agnazione derivante dalla patria potestà, e per conseguenza non riconosce una famiglia *civile*, il cui cangiamento possa avere giuridica importanza. Gli effetti che secondo il nostro codice derivano dalla patria potestà, dall'autorizzazione maritale, dall'adozione e dall'emancipazione sa-

[1] La donna cittadina, che col fatto del matrimonio conchiuso con uno straniero abbia acquistato la cittadinanza del marito, diventa essa pure straniera; tuttavia se, rimasta vedova risiede nel regno o vi rientri e dichiari di volervi fissare il suo domicilio, essa riacquista la cittadinanza dal giorno successivo a quello in cui ha fatto la dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile. (art. 14 e 15).

ranno spiegati in luogo più opportuno, e specialmente nel libro quarto della parte speciale.

## § 9.

### Condizioni naturali che modificano lo stato giuridico delle persone.

Molte sono le condizioni naturali che influiscono sullo stato giuridico delle persone, ed a suo luogo se ne farà debita menzione. Qui ci limiteremo a dire brevemente e per sommi capi dell'influenza dell'età, del sesso, della salute fisica e morale, della condizione e professione, della religione, dell'origine e del domicilio.

Dell'età. — Il diritto romano stabilì quattro periodi di età, cioè l'infanzia, l'impubertà, la pubertà e l'età maggiore. [1]

*Infanzia.* — L'infante (come indica la stessa parola *infans qui fari nequit*) è colui che non può parlare con discernimento e manca di seria intelligenza. Questo periodo dura sino al settimo anno compiuto, senza riguardo alcuno allo sviluppo individuale. Siccome l'infante non ha l'attitudine ad intendere le cose serie, così la legge lo considera privo d'ogni volontà; e non gli accorda nessuna capacità di azione. L'infante adunque non può intraprendere alcun atto giuridico nè in suo danno nè in suo vantaggio.

*Impubertà.* — L'impubertà si estende fino ai quattordici anni nei maschi, e fino ai dodici nelle femmine. Gli impuberi che stanno sotto tutela si chiamano anche pupilli. Gli impuberi o pupilli non sono affatto privi della capacità di azione, ma hanno una capacità assai limitata. Essi cioè sono incapaci di tutti quei negozi giuridici che potrebbero arrecare loro un nocumento; non possono per conseguenza obbligarsi, nè alienare, ma hanno la capacità di acquistare o di obbligare i terzi che contrattano con loro. [2] In vista di questa capacità limitata, gli impuberi non soggetti a patria potestà acquistano un tutore, il quale interponendo la sua autorità viene a integrare la persona e la capacità dei medesimi. Gli impuberi inoltre non possono, nemmeno coll'autorità del tutore, contrarre matrimonio nè far testamento.

*Pubertà, ossia età minore.* — Dai quattordici o dodici anni sino ai venticinque compiti, i puberi maschi e femmine chiamansi mi-

---

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 36.

[2] Pr. Inst. de auct. tut. I. 21.

nori. Essi hanno piena capacità di azione e possono adunque conchiudere atti giuridici e contrarre obbligazioni di qualunque sorta; ma rimanendo lesi, si suppone che l'altra parte abbia abusato della loro inesperienza e leggerezza, e perciò il magistrato concede ai medesimi la restituzione in intiero. Dal medesimo riflesso dell'inesperienza e leggerezza di spirito, che accompagna l'età minore, fu suggerita la cura dei minorenni.

*Età maggiore.* — Diconsi maggiorenni quelli che hanno compiti i venticinque anni, e per essi vale il diritto comune. La vecchiezza però dà diritto di farsi esonerare da alcuni uffici pubblici come quello della tutela.[1]

Del sesso. — Il diritto romano non riconosce che maschi e femmine. Gli ermafroditi appartengono al sesso prevalente. In generale valgono per entrambi i medesimi principî, e le disposizioni legali pei maschi si applicano in dubbio anche alle femmine. In alcuni casi però esistono delle norme singolari per le donne, parte in loro favore e parte in danno delle medesime. Così, per esempio, la donna non è ammessa alle tutele che in casi eccezionali, non ha sui figli la patria potestà, non è ammessa all'esercizio dei pubblici ufizi, non può validamente far mallevadoria pel marito e così discorrendo. Anche il Codice civile italiano contiene alcune norme singolari per le donne, specialmente per le maritate, le quali non possono fare certi atti che eccedano l'ordinaria amministrazione dei loro beni, senza l'autorizzazione del marito (art. 134).

*Salute fisica e morale.* Le malattie passeggere e i difetti permanenti possono avere grande influenza anche in diritto. Così, per esempio, l'ammalato è talvolta equiparato alla persona lontana (absens), il sordomuto e il cieco non possono far da testimoni, gli evirati (castrati) non possono contrarre matrimonio, nè adottare ec. Un'importanza ancor maggiore hanno i difetti mentali. I mentecatti, i dementi ed i furiosi, siccome sono privi dell'uso della ragione, sono incapaci di conchiudere atti giuridici di qualunque genere, come non sono capaci di commettere delitti. Ad essi

---

[1] Il Codice italiano non distingue quattro periodi di età, come il diritto romano, ma soltanto due, cioè quello dei minori e dei maggiori. I minori sono tutti quelli che non hanno compiti gli anni ventuno, maggiori gli altri. Riserviamo alla parte speciale l'indicare le singole differenze circa la capacità di azione dei minori, fin d'ora osserviamo che pel nostro codice i minori sono sottoposti alla patria potestà o alla tutela, e che giunti ai 18 anni possono ottenere una parziale abilitazione mediante l'emancipazione.

vien dato un curatore. Quanto ai furiosi però devesi avvertire che durante i lucidi intervalli sono considerati come persone di mente sana.

CONDIZIONE E PROFESSIONE. — Per massima generale, la diversità di condizione e di professione non ha nessuna influenza sui diritti privati. Tuttavia vi hanno alcune norme singolari per alcune condizioni e professioni che saranno indicate di volta in volta, quando tratteremo le materie alle quali si riferiscono quelle norme singolari. Sin d'ora osserveremo che i militari possono far valido testamento senza l'osservanza delle solennità prescritte pei testamenti dei non militari (*pagani*), che i chierici non possono contrarre matrimonio quando hanno ricevuto gli ordini maggiori, che i vescovi ed i monaci non possono essere tutori e così va dicendo.

RELIGIONE. — Nel diritto giustinianeo la religione di stato è la cristiana, e soltanto il cristiano (*fidelis*) gode la pienezza dei diritti civili. La condizione giuridica degli infedeli è molto peggiore, in quantochè, per esempio, non possono deporre in giudizio contro i cristiani, la dote delle loro mogli non gode di certi vantaggi, non è ammesso il matrimonio fra giudei e cristiani ecc. Crediamo inutile qui occuparci delle particolarità risguardanti la condizione giuridica dei giudei, degli eretici e degli apostati, tanto più che il nostro Codice civile non tiene alcun conto della differenza fra una religione e l'altra.

ORIGINE E DOMICILIO. — L'origine, in diritto romano, era di doppia specie, cioè generale e speciale. L'origine generale era Roma, patria comune di tutti i cittadini romani. L'origine speciale è il luogo dove ha domicilio il padre al momento della nascita del figlio legittimo.

Il domicilio di una persona è il luogo dove essa ha il centro della sua vita civile e sociale. — Alcune persone hanno domicilio *necessario*, cioè i relegati nel luogo della loro relegazione, i militari nel luogo di guarnigione, i pubblici ufficiali nel luogo di ufficio, la moglie nel luogo dove è domiciliato il marito, il pupillo nel luogo sceltogli dal tutore ecc. — Una persona può avere più domicilî, come avviene talvolta dei negozianti che hanno stabilimenti in luoghi diversi ed abitano alternativamente in questi luoghi, e dall'uno e dall'altro dirigono i loro affari, come da centro dei medesimi. Per contrario vi sono persone senza domicilio, e questi chiamansi vagabondi.

Il domicilio di una persona ha effetti giuridici importanti sulla condizione giuridica della medesima; perchè è la legge del domi-

cilio che determina la capacità dell' uomo, che regola i suoi acquisti e le sue alienazioni, che governa la forma esterna dei suoi atti giuridici e che stabilisce i suoi oneri personali e la competenza dei suoi giudici.

Secondo il Codice civile italiano il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la sede principale dei suoi affari ed interessi: la sua residenza è nel luogo in cui ha la dimora abituale (art. 16). Il trasferimento della residenza in un altro luogo coll' intenzione di fissarvi la sede principale, produce cangiamento di domicilio (art. 17); per certi affari od atti si può eleggere domicilio speciale, ma quest' elezione deve risultare da prova scritta (art. 19).

## §. 10.

### Poteri di diritto privato ai quali le persone possono andare soggette
(*homines sui et alieni iuris*).

Per potere di diritto privato *(ius)* s' intende il diritto di un uomo sulla volontà di un altro. Non bisogna quindi confondere l' *ius* col *dominium*. Il dominio è una signoria fisica ossia una padronanza del corpo; l' *ius* è una signoria psichica, ossia la padronanza della volontà. Chi è soggetto all' altrui dominio è schiavo. L' uomo invece che non è soggetto al dominio altrui, ma è padrone del proprio corpo, è persona libera. Una tal persona libera può avere anche la signoria sulla sua volontà, ed allora è una persona libera indipendente *(sui iuris)*; ma può darsi che una persona sia bensì padrona del proprio corpo, ma non sia padrona della sua volontà e dipenda invece dalla volontà altrui, ed allora è una persona libera dipendente dal potere altrui *(alieni iuris)*.

Anticamente si distinguevano tre poteri di diritto privato sulla volontà altrui, cioè la *patria potestas*, la *manus* e il *mancipium*.[1]

*Della patria potestas.* — La patria potestà è l' insieme dei diritti che il padre di famiglia ha sui propri figli di famiglia. Anche gli schiavi erano soggetti alla potestà del loro padrone *(dominica potestas)*, ma essi erano inoltre soggetti al di lui dominio, e quindi chiamavansi *servi in potestate*. I figli di famiglia invece erano bensì

[1] Gaio I. 48, 49: " Quædam personæ sui iuris sunt, quædam alieno iuri sunt subiectæ. — Earum personarum, quæ alieno iuri subiectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in mancipio sunt. "

soggetti alla potestà del padre di famiglia, ma non al dominio, dappoichè essi erano persone libere, e quindi chiamavansi *liberi in potestate*. Di qui viene che il vocabolo *liberi* in lingua latina si adopera anche per indicare i figliuoli. Il diritto della patria potestà è rimasto anche nel diritto giustinianeo, e noi ne tratteremo estesamente nel capo secondo del libro quarto della presente operetta (§§. 169-171).

*Della manus.* — La manus è un rapporto analogo alla patria potestà, e può definirsi il potere eventuale che il marito ha sulla moglie. Si disse potere *eventuale*, perchè non tutte le mogli erano soggette alla mano maritale. E difatti, come vedremo nel libro quarto, la *manus* non era necessaria per l'esistenza del matrimonio, il quale poteva benissimo essere *sine manu*, senza perdere nulla della sua essenza (§ 160).

Tre erano i modi per cui il marito poteva acquistare la *manus* sulla moglie, cioè la *confarreatio*, la *coëmtio* e l'*usus*.

La confarreazione era una cerimonia religiosa in cui gli sposi, alla presenza del pontefice massimo e di dieci testimoni, mangiavano insieme una focaccia di farro, onde il nome di confarreatio, e pronunziavano certe formule solenni e sacramentali. La confarreazione era propria dei soli patrizî, e soltanto i figli nati da nozze confarreate avevano il diritto di aspirare alle più elevate dignità sacerdotali L'uso della confarreazione andò sempre più diradando, ed ai tempi di Gaio si faceva all'esclusivo effetto di abilitare i figli al sacerdozio (Gai. I. 112).

La coenzione era una simbolica vendita fatta mediante la mancipazione alla presenza di cinque testimoni e del libripende (Gai. I. 113).

L'uso era una terza maniera per acquistare la mano maritale, e ciò avveniva quando la moglie abitava un anno consecutivo presso del marito. Era una specie di usucapione mediante cui il marito acquistava la *manus* sulla moglie; ma questa poteva, volendo, impedire che il marito acquistasse su di lei quel potere, e bastava ch'ella si allontanasse per tre notti consecutive dalla casa maritale. Con questa assenza interrompeva il possesso ed impediva che il marito acquistasse su di lei la *manus* (Gai. I. 111). E ciò poteva essere di grande interesse per lei, dappoichè, come vedremo nel trattato del matrimonio, la moglie come tale conservava la proprietà dei propri beni estradotali, mentre, se si assoggettava alla mano maritale, diventava come figlia di suo

marito, e per conseguenza non poteva avere alcun patrimonio, ma questo passava a titolo universale al marito.

*Del mancipium.* — Il mancipio era il potere giuridico-privato che un libero cittadino romano poteva avere sopra un altro cittadino (analogamente alla potestà dominica di un padrone sopra uno schiavo), senza che la persona assoggettata a quel potere perdesse la libertà e la cittadinanza. Il mancipio nasceva dalla mancipazione che il padre di famiglia faceva ad altri di un suo figlio di famiglia, come pure dalla mancipazione che il marito faceva della moglie sulla quale aveva la *manus* (Gaio I, 116, 117 e 118). La mancipazione del figlio di famiglia poteva essere finta; o vera ed effettiva. La mancipazione finta non aveva altro scopo che di emancipare il figlio di famiglia dalla patria potestà o di darlo in adozione. La mancipazione vera ed effettiva si faceva allo scopo di far guadagno *(propter pecuniam)* o per indennizzare colui che era stato danneggiato da un delitto del figlio di famiglia *(noxæ deditio)*. Nel caso di vero ed effettivo mancipio, il figlio mancipato, benchè giuridicamente libero, doveva prestare i suoi servigi al compratore come se fosse schiavo *(servi loco)*, non possedeva nulla in proprio, e tutto ciò che acquistava apparteneva al compratore nel cui mancipio egli si trovava (Gaio II, 86, 90, 96).

Nel diritto giustinianeo non esistono più nè il *mancipium* nè la *manus*, e non è rimasta che la sola patria potestà. Di qui viene che nel diritto giustinianeo *persona di diritto altrui* è sinonimo di *figlio di famiglia*.

## §. 11.

### Delle persone giuridiche. [1]

L'uomo fornito della capacità giuridica è una persona fisica ossia naturale. Accanto a queste persone fisiche o naturali la legge riconosce subbietti di diritti che non sono uomini. Questi subbietti non umani a cui la legge accorda la capacità giuridica si chiamano persone giuridiche, vale a dire persone che esistono soltanto per creazione giuridica e per fini giuridici.

La capacità artificiale delle persone giuridiche non si estende ai diritti famigliari, perchè questi presuppongono sempre un essere

[1] V ARNDTS. SERAFINI, *Trattato delle Pandette* I § 41-47.

umano come subbietto dei medesimi, ma si applica soltanto ai diritti patrimoniali. Ecco il perchè la persona giuridica viene molto opportunamente definita: *un subbietto di diritti patrimoniali creato artificialmente.* Del resto la capacità giuridica di questi subbietti artificiali può essere più o meno estesa secondo lo scopo che si propongono e secondo il tenore della legge che li ha creati o riconosciuti. Quello che importa si è che ogni persona giuridica suppone per la sua esistenza una legge generale o speciale che riconosca in essa qualità di persona.

In diritto romano si distinguono quattro specie di persone giuridiche, cioè le corporazioni *(universitates)*, le fondazioni *(piæ causæ)*, il tesoro dello stato *(fiscus)*, e l'eredità giacente. Le prime, cioè le corporazioni ossia università, formano la specie più importante.

Delle corporazioni. — Corporazione è quell'associazione di più persone fisiche unitesi per uno scopo determinato, alla quale sono accordati dallo Stato i diritti di persona. Esaminando questa definizione, noi vediamo che tre sono le condizioni che costituiscono il concetto di corporazione, cioè la pluralità di persone fisiche, l'unione delle medesime per uno scopo determinato, e la personificazione da parte dello Stato.

*Pluralità di persone fisiche.* — Per formare una corporazione richiedonsi almeno tre persone fisiche. Ciò vale soltanto per la formazione di una corporazione, poichè, costituita che sia, essa può continuare anche con una sola persona. [1]

*Riunione per uno scopo determinato.* — Di regola lo scopo per cui si costituisce una corporazione è perpetuo; ma ciò non è necessario, dappoichè lo Stato può accordare i diritti corporativi anche ad un'associazione di persone che si sono riunite per uno scopo passeggiero. Quello che importa è che lo scopo sia *determinato*, dappoichè la corporazione resta pur sempre una persona *relativa*, cioè una persona nei limiti dello scopo per cui si è costituita. Lo Stato poi può accordare la qualità di persona giuridica a qualsiasi associazione e per qualsiasi scopo, per esempio ad as-

[1] Fr. 85 de Verb. Signif. 50. 16: " Neratius Priscus tres *facere* existimat collegium: et hoc magis sequendum est. „ — Fr. 7 § 2 quod cuiuscunque universitatis III. 4: " Si universitas ad unum redit, posse eum convenire et conveniri: cum ius omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis. „

sociazioni industriali, a società di commercio, a confraternite e così via dicendo.

*Personificazione da parte dello Stato.* — L'uomo, pel solo fatto della sua apparizione corporale, ha la capacità di diritto; e la schiavitù riconosciuta dai Romani e dagli altri popoli dell'antichità non era che un'eccezione. A quel segno visibile, quale è la apparizione corporale dell'uomo, ogni giudice conosce senz'altro i diritti che deve proteggere. Ma quando la capacità naturale dell'uomo viene artificialmente estesa ad un essere ideale, quel segno visibile manca, e non c'è che la volontà del potere sovrano che vi possa supplire creando dei subbietti giuridici fittizî. Resta adunque fermo che non vi può essere associazione con diritti corporativi, cioè aventi qualità di persona, senza che questa qualità venga riconosciuta dallo Stato, sia mediante una legge generale, come avviene nei municipî, le provincie, i comuni ecc., sia mediante una disposizione speciale che ad una data associazione conferisca i diritti corporativi, come talvolta avviene per certe società ed imprese commerciali ed industriali. [1]

I diritti della corporazione poi vanno ben distinti dai diritti dei singoli membri che la compongono, poichè la corporazione è una persona giuridica del tutto separata. La corporazione adunque ha un patrimonio disgiunto da quello dei singoli associati. Questi ultimi possono avere crediti o debiti verso la corporazione, e i debiti di quest'ultima non si possono considerare come debiti propri dei singoli. Di qui viene che un comunista non può convenire in giudizio i debitori del comune cui esso appartiene, nè può essere convenuto pei diritti del comune dai creditori di questo. Il vero subbietto di diritto è sempre la corporazione e non il singolo membro della medesima. Ciò non esclude però che in certe specie di corporazioni (private), come per esempio nelle società anonime, i singoli associati abbiano diritto alle rendite ed ai guadagni del patrimonio della corporazione e in caso di scioglimento di questa sieno partecipi del patrimonio stesso. In breve,

---

[1] Fr. 1 pr. § 1 Quod. cuiusc. univ. 3, 4: " Neque societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur, *nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur.* " Cod. civ. it. art. 2: " I comuni, le provincie, gli istituti civili ed ecclesiastici ed in generale tutti i corpi morali *legalmente riconosciuti* sono considerati come persone. "

tutto dipende dalla qualità della corporazione: in alcune, cioè nelle pubbliche, i membri non partecipano direttamente nè alle rendite nè ai guadagni, e in caso di scioglimento della corporazione, il patrimonio di questa non si divide fra i singoli membri, ma qualora la corporazione non ne abbia validamente disposto prima del suo scioglimento, è bene vacante e passa allo Stato: in altre (private) invece avvi partecipazione diretta più o meno estesa dei singoli associati.[1] In ogni caso però è sempre la corporazione il vero substrato dei diritti e delle obbligazioni, e non i singoli membri che la compongono.

La corporazione, come si è già detto, ha la capacità di avere diritti ed obbligazioni; ma per acquistare diritti ed obbligazioni richiedesi la capacità di azione. Ora siccome la corporazione è un essere fittizio privo di volontà, così non può intraprendere da sè nessun atto di acquisto, non può avere nessuna capacità di agire. Nulla si oppone però che la corporazione faccia acquisti per mezzo de' suoi rappresentanti, secondo le disposizioni della sua costituzione e dei proprî statuti. Se poi gli statuti non conferissero quella facoltà ad appositi organi, decide la maggioranza dei membri componenti la corporazione. In mancanza di apposite norme, vale la massima generale che tutti i membri devono essere debitamente invitati all' adunanza, e che le deliberazioni si prendono a maggioranza assoluta di voti, cioè colla metà più uno dei voti degli intervenuti.

Il vocabolo corporazione, come abbiamo detto, è termine generico che abbraccia ogni sorta di associazioni di persone fisiche purchè il diritto pubblico e le leggi dello Stato riconoscano alle medesime il carattere di persona giuridica. Presso i Romani, per esempio, erano corporazioni, oltre ai municipî, ed ai comuni, anche le *societates publicanorum*, le *societates salinarum* ed altre simili società intese a speculazioni commerciali od industriali, interessanti lo Stato.

Le leggi del Regno attribuiscono espressamente il carattere di persona giuridica ai comuni, alle provincie, agli istituti pubblici civili ed ecclesiastici, ed in generale a tutti i corpi morali legal-

---

[1] Ciò avviene per lo appunto nelle società anonime, nelle quali il patrimonio è diviso idealmente secondo il suo valore fra i singoli azionisti. Sciogliendosi una corporazione siffatta, il patrimonio, che prima era diviso in parte ideali fra i soci, si divide in parti reali.

mente riconosciuti;[1] così sono pure riconosciute come persone giuridiche le società commerciali in nome collettivo, in accomandita e le anonime.[2] I comuni, le provincie, e le preaccennate società commerciali sono corporazioni, gli istituti civili ed ecclesiastici appartengono alla seconda specie delle persone giuridiche cioè alle fondazioni.

Fondazioni. — Si chiamano fondazioni gli istituti civili od ecclesiastici diretti ad uno scopo pio o di pubblica utilità. Nelle fonti del diritto romano sono specialmente ricordate come fondazioni, aventi il carattere di persona giuridica, le chiese, i monasteri, gli ospizî, gli orfanotrofi, gli spedali ec. Come persona giuridica è risguardato lo stesso patrimonio della fondazione, cioè l'insieme dei beni e diritti che servono di mezzo per raggiungere lo scopo utile al quale la fondazione è diretta. Anche queste fondazioni hanno i loro amministratori che le dirigono, ma quegli amministratori non sono essi i subbietti dei diritti e delle obbligazioni della fondazione; gli amministratori sono soltanto i suoi organi, ed il vero subbietto dei diritti e delle obbligazioni è il patrimonio della fondazione. Talvolta il conseguimento dello scopo propostosi dalla fondazione s'incorpora in un pubblico stabilimento, ed allora concorre colla personificazione del patrimonio la personificazione dello stabilimento. Ma sia che si personifichi la fondazione stessa, sia che si personifichi lo stabilimento, il concetto giuridico è sempre lo stesso: la diversità non sta che nell'oggetto che si ha di mira. Il vero sustrato è sempre il patrimonio che serve di mezzo a raggiungere lo scopo di generale utilità per cui la fondazione è stata creata.

Fisco. — Per fisco s'intende il patrimonio dello Stato, considerato come persona giuridica, o per meglio dire, lo Stato stesso quale subbietto di rapporti giuridici patrimoniali. Il fisco è una persona sola; ed i singoli uffici fiscali (*stationes fisci*), sebbene sotto certi riguardi vengano considerati come corpi indipendenti, non costituiscono però altrettante persone giuridiche.

Eredità giacente. — L'eredità abbandonata dal defunto, sino a tanto che non è stata adita dal chiamato, è in realtà un patri-

[1] Cod. civ. art. 2.

[2] Cod. di commercio art. 107. — Invece del vocabolo *corporazione* il nostro codice usa quello di *corpo morale, ente collettivo*.

monio senza padrone *(hereditas jacens)*. Nell'interesse del futuro erede, questo patrimonio ereditario viene dalla legge trattato come all'epoca in cui viveva il testatore; si considera l'eredità stessa come la padrona di quel patrimonio, e si finge che in lei continui la personalità del defunto. Per tal modo l'eredità giacente può acquistare e perdere diritti, si considera in luogo e vece del defunto, e si finge ch'essa continui la capacità giuridica di lui.[1] Mediante tale finzione la eredità giacente è una persona giuridica, capace di diritti e di obbligazioni, come spiegheremo meglio nel libro quinto di queste istituzioni.

## CAPO III.

### DEGLI OBBIETTI DEI DIRITTI O TEORIE GENERALI SULLE COSE.

### §. 12.

#### Concetto di cosa.

Per cosa s'intende un corpo privo di ragione, limitato, suscettibile di essere sottoposto al potere dell'uomo, del quale l'uomo può servirsi come di mezzo per raggiungere il suo fine; onde deriva che tutto quanto ne circonda, all'infuori delle persone, chiamasi cosa. Preso il concetto di cosa in questo senso ne viene che soltanto ciò che effettivamente esiste, soltanto ciò che cade sotto i sensi, è cosa. Ciò che non ha esistenza reale, ma è soltanto pensato, non cade sotto il concetto di cosa, quale l'abbiamo definita. Tuttavia, se ciò che non ha esistenza corporea, ma è soltanto pensato, non è cosa, nel vero senso della parola, avviene però che, sotto certi riguardi, il diritto consideri come cose, cioè come oggetto di rapporti di diritto, anche esseri astratti che non

---

[1] Fr. 34 de hered. inst. 28, 5: "Hereditas defuncti personam sustinet." Nel fr. 31, § 1, eod. e nel fr. 13, § 2 ad leg. Aq. (9, 2) l'eredità giacente è chiamata *domina*.

occupano spazio e si concepiscono dal solo intelletto. Di qui viene che in diritto si conoscono cose incorporali, e come le persone si dividono in fisiche e giuridiche, così anche le cose, prese in lato senso, si dividono in *corporali* e *incorporali*, secondo che cadono o non cadono sotto i sensi.[1] Alle cose incorporali appartengono i diritti patrimoniali, per esempio le servitù tanto prediali che personali, i diritti di enfiteusi, di superficie e d'ipoteca, e i diritti di obbligazione ossia i crediti.[2]

Premesso il concetto di cosa, passiamo ad esporre le principali distinzioni.

## §. 13.

### Delle cose in commercio e fuori di commercio.

Le cose sono destinate alla soddisfazione dei bisogni dell'uomo ed al conseguimento di fini umani. Di regola queste cose sono tali che possono essere nell'esclusivo dominio di uno o più determinati individui, possono acquistarsi liberamente dai privati, alienarsi e trasmettersi, sia con atto tra vivi, sia con atto di ultima volontà, dall'una in altra persona. Tali cose che dai privati possono comprarsi e vendersi, o trasferirsi in altro modo, chiamansi cose in commercio. Vi sono però alcune cose, che per la loro destinazione, sono sottratte al commercio dei privati, vale a dire non ammettono che su di esse si possano acquistare diritti secondo i principî che valgono per le altre cose. Tali cose diconsi fuori di commercio. Alle cose fuori di commercio appartengono le cose comuni, le cose pubbliche e le cose di diritto divino. È però da avvertire che quando cessa quella destinazione all'uso comune o al culto divino, le cose comuni, pubbliche e divine possono rientrare nella sfera delle cose in commercio.

*Cose comuni.* — Le cose comuni sono quelle che non trovansi nel dominio di nessuno, ma di cui l'uso è concesso a tutti. Tali sono l'aria, il mare e l'acqua corrente.[3]

---

[1] Inst. II, 2. § 3: " Incorporales sunt quæ tangi non possunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes. "

[2] Veggasi la nota precedente.

[3] L'acqua corrente (*aqua profluens*), come tale, non può essere oggetto di diritto privato, perchè inapprensibile, ed è sotto questo aspetto che i Romani la considerano come *res communis omnium,* al pari dell'aria e del mare (§ 1 de rer. div. II. 1); ma il com-

*Cose pubbliche.* — Cose pubbliche sono quelle che appartengono allo Stato, o ad una data comunità, ma l'uso delle quali è comune a tutti. Tali sono le strade, le vie, le piazze pubbliche, i laghi, i fiumi, e gli stagni pubblici, i templi e teatri pubblici ec.

*Cose di diritto divino.* — Appartengono a queste le cose consacrate al culto divino (*res sacræ*) i cimiteri ed i sepolcri (*res religiosæ*). In diritto romano le cose di diritto divino erano sottratte intieramente alla proprietà, ma in diritto moderno esse possono appartenere o ad un dato corpo morale o anche ad un privato.[1]

Tutte le cose che non sono nè di diritto divino, nè comuni, nè pubbliche, sono tutte cose in commercio.

## §. 14.

### Delle cose in patrimonio e fuori di patrimonio.

Le cose fuori di patrimonio sono quelle che *attualmente* non sono nel patrimonio di nessun privato, sia che non possano trovarvisi, come le cose comuni ed altre cose fuori di commercio, sia che possano bensì trovarvisi, ma attualmente non vi si trovino come le *res nullius*. Alle *res nullius* appartengono: 1° quelle cose che non furono mai occupate da persona, come per esempio, i coralli nel mare, le pietre preziose ed altri metalli nascosti nel cuore dei monti; 2° le cose derelitte, quelle cioè che dopo avere avuto un padrone furono da questo abbandonate, senza che un altro siasene impadronito.

---

plesso di un' acqua ossia un corpo d' acqua, può benissimo essere oggetto di proprietà, sia dello Stato, sia dei privati. — Quant' all'aria ed al mare è superfluo avvertire che da queste cose comuni si possono benissimo separare parti o frazioni, e queste parti disgiunte cessano di essere una cosa comune. Così, per esempio, si può avere la proprietà di una porzione d' acqua at'inta al mare, come si può avere la proprietà del *gas*. Il passo citato delle istituzioni colloca fra le cose comuni anche i lidi del mare; ma, come dispone anche il fr. 3 pr. *ne quid in loco publ.* (43. 8), le rive del mare formano parte del territorio dello Stato, e il loro uso è determinato appunto dalle leggi di ogni singolo Stato. Presso di noi esistono apposite disposizioni nella legge sui lavori pubblici (Allegato *F* della legge per l'unificazione amministrativa del 20 marzo 1865) e nel codice della marina mercantile. Anche presso i Romani era necessario ottenere il permesso dell'autorità per fare costruzioni sulle rive del mare (fr. 50 *de acq. rer. dom.* 41. 1, e citato fr. 3 *ne quid in loco publ. fiat.*).

[1] Per esempio le cappelle private, i sepolcri privati ec.

## §. 15.

### Delle cose mobili ed immobili.

Questa divisione è di somma importanza, specialmente nel diritto moderno. Il concetto viene da sè. Diconsi immobili quelle cose che non si possono trasportare da un luogo all'altro senza alterarne la sostanza o la forma, come i terreni e gli edificî. Sono poi mobili quelle cose che si possono trasportare senza che cangino di sostanza o mutino di forma.[1]

Le cose immobili si dividono in fondi rustici e fondi urbani. Diconsi *rustici* quelli destinati alla coltura, come i campi, i prati, nulla importando se sieno in città o fuori. I fondi *urbani* sono gli edificî, senza riguardo alcuno se sieno posti dentro o fuori della città. Fra le cose mobili vanno annoverati anche i semoventi, quelle cose cioè che si muovono per propria forza organica ed animale, e sono gli schiavi e gli animali bruti. Questi ultimi poi si distinguono in animali selvatici, mansueti e mansuefatti. *Selvatici* sono quelli che vivono nella loro naturale libertà, come gli orsi, i cervi, le lepri e perfino le api. Sono *mansueti* quelli che convivono coll'uomo, come i cani, i gatti, i polli, insomma tutti quelli che si conoscono sotto il nome di animali domestici. Diconsi *mansuefatti* gli animali, selvatici per natura, che ammaestrati dall'uomo sono diventati mansueti al pari degli animali domestici.

---

[1] Al § 9 vedremo che alcune cose, che per natura loro sono mobili, possono trovarsi in tal congiunzione fisica con un immobile da formarne parte integrante e da non avere una esistenza separata e distinta, come per esempio gli alberi radicati nel suolo ed i materiali di cui è composta una casa Finchè dura la congiunzione fisica di queste cose coll'immobile di cui sono un'accessione, si possono considerare anch'esse come immobili per accessione. – Il Cod. civ. considera come immobili non solo le parti integranti di un immobile (ar. 414), ma perfino le *pertinenze*, come gli animali addetti all'agricoltura, gli strumenti rurali, il fieno somministrato agli affittuari, la paglia, lo strame, il concime, i piccioni delle colombaie, i conigli, gli alveari e simili (art. 413), il che non può a meno di generare confusione. — Alcuni scrittori, appoggiati al fr. 17 *de A. E. V.* XIX. 1 e ad altri testi delle Pandette, insegnano che anche per diritto romano le pertinenze fossero immobili ma quei testi dicono semplicemente che le pertinenze sono comprese nelle disposizioni sulla cosa principale, ma non dicono già che le pertinenze, come per esempio le chiavi sieno cose immobili! V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. §. 50.

## §. 16.

### Cose fungibili e infungibili, consumabili e inconsumabili.

Cose *fungibili* sono quelle che possono essere surrogate da ogni altra cosa dello stesso genere; come, per esempio, un sacco di grano che può avere un esatto surrogato in un altro sacco. Siccome in queste cose si deve in ogni singolo caso indicare la quantità di cui si tratta, cioè il numero, il peso e la misura, così si chiamano anche cose quantitative, ossia *quantitates*, ossia *res, quæ numero, pondere, mensura consistunt.* Le cose fungibili non si contemplano in commercio che pei loro caratteri generici, indipendentemente da ciò che le qualifica come individui: di qui viene che esse si conoscono anche sotto il nome di cose generiche ossia generi.[1]

Cose *infungibili* sono quelle che fuori della loro individualità non hanno cosa che le rappresenti esattamente, e da cui possano essere surrogate. Le cose infungibili, anzichè venir contemplate in commercio secondo i loro caratteri generici, si considerano nella loro individualità; come, per esempio, il fondo Corneliano, la madonna di Raffaello. La cosa infungibile, insomma, è una cosa individualmente determinata, una cosa considerata come corpo certo, come specie determinata; di qui il nome di *corpus* o di *species.*[2]

La fungibilità e infungibilità delle cose non è assoluta, ma relativa. E difatti se da un canto è vero che certe cose sogliono in commercio considerarsi come fungibili ed altre come infungibili, è vero altresì che i privati, nelle loro contrattazioni, possono considerare come fungibile una cosa infungibile e viceversa. Se, per esempio, taluno dà a comodato uno scudo coll' obbligo nel comodatario di restituire l' identico scudo, la moneta in questione è considerata nella sua individualità e quindi è cosa infungibile, sebbene di regola il denaro si consideri come cosa fungibile.

---

[1] Fr. 1 pr. de reb. cred. (12. 1): " Mutui datio consistit in his rebus, *quæ pondere, numero, mensura consistunt;* quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia *in genere suo* functionem recipiunt per solutionem magis, quam *specie* „

[2] Il nome di *species*, in opposizione a cosa fungibile, si trova, oltrechè nel passo riferito nella nota precedente, anche nel fr. 54 pr. e nel fr. 83, § 5 de verb. obl. (45. 1). Il nostro Codice suole usare il vocabolo *specie* per indicare il *genere*, ed anche in diritto romano si trova questa locuzione al fr. 29 de solut. (46. 3,) e quindi é da preferirsi il vocabolo *corpus*, che é pure adoperato in parecchi testi, per es. nel fr. 30 pr. fr. 34. § 3 e 4 e fr. 51 de leg. 1 (30).

Da non confondersi colle cose fungibili sono le *consumabili*, cioè quelle che non presentano utilità diretta se non consumandole, come per esempio il grano, il vino, il danaro; come del pari non si devono confondere le cose infungibili colle *inconsumabili*, ossia quelle cose che presentano utilità diretta senza bisogno che vengano consumate di volta in volta col loro uso ordinario, come per esempio un cavallo, una casa, una vettura.

## §. 17.

### Delle cose divisibili e indivisibili.

Cose divisibili sono quelle che possono essere smembrate in più parti senza pregiudizio della loro essenza e del loro valore economico; le altre sono indivisibili.[1] La divisione fa talvolta cessare la coesione fisica della cosa che si divide, ma questa coesione può essere anche conservata, come avviene nella divisione dei fondi.

Oltre alla divisione materiale di cui abbiamo parlato, si conosce anche la divisione in parti ideali, la quale si verifica quando, invece di dividere il *corpo*, si divide il *valore* della cosa. Se, per esempio, quattro fratelli sono comproprietari di un fondo, ciascuno per una quarta parte, il fondo non è diviso fra questi quattro fratelli, e quindi nessuno di essi ha un diritto esclusivo sopra una parte determinata del fondo, ma ciascuno ha diritto su tutto il fondo per la sua parte quota, cioè per un quarto.[2]

---

[1] Il cavallo per esempio è giuridicamente indivisibile, perchè le singole parti, in cui per avventura venisse smembrato, non sono più cavalli. Così pure è indivisibile la gemma, perchè le singole frazioni in cui può venire scomposta, non hanno più il valore della gemma. Fr. 26 § 2, de leg. I: " sin autem naturaliter indivisæ sint, vel sine damno divisio earum fieri non potest. „ Confr. fr. 35, § 3 de rei vind. VI, 1.

[2] Come si vede, in questo caso non esiste vera ed effettiva divisione del fondo che spetta in comune ai quattro fratelli, e quindi si dice che essi sono comproprietari di una cosa indivisa *(comunio pro indiviso)*. Se invece quei quattro fratelli avessero a dividere il fondo in quattro parti, assegnando a ciascuno la sua parte determinata, non vi sarebbe più una vera comproprietà o comunione, ma esisterebbero quattro fondi separati e distinti, ciascuno dei quali spetterebbe esclusivamente a quello dei fratelli a cui è stato assegnato. Siccome però il fondo, benchè diviso in quattro parti reali e distinte, conserva la sua coesione fisica, così avviene che, nonostante l'effettuata divisione, si continui a parlare di parti di un tutto. È appunto in questo senso che si adopera l'espressione di *communio pro diviso* (fr. 5, § 16, XXVII, 9.) V. ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette* I, § 53.

## §. 18.

### Delle cose semplici e composte e delle università di cose.

Le cose *semplici* sono quelle che formano già per natura un tutto unito, cioè un tutto organico, come per esempio un cavallo, una pianta, una pietra; le cose *composte* quelle che formano un tutto meccanico, come per esempio una nave, una casa, un orologio; le *universalità* di cose quelle che senz' essere connesse materialmente formano un tutto ideale, come per esempio un gregge, una mandra, un magazzino, una libreria.[1]

Anche il complesso di diritti patrimoniali può essere considerato come un sol tutto, cioè come una università di diritti *(universitas iuris)*. Tali università di diritto sono l' eredità, la dote, il peculio.

## §. 19.

### Cose principali ed accessorie.

Ordinariamente quando due cose sono in unione fisica o giuridica, una di esse assorbe l' altra e forma l' essere dominante. La cosa dominante chiamasi *principale*, la cosa subordinata chiamasi *accessoria*.

La cosa accessoria può essere subordinata alla cosa principale in doppia maniera, cioè: o in forza di un rapporto naturale che faccia comparire la cosa accessoria come *parte integrante* della cosa principale,[2] o per causa di un rapporto giuridico, in virtù del

---

[1] Fr. 30 pr. de usurp. 41, 3: " Tria autem genera sunt corporum; unum, quod continetur uno spiritu, ut homo, tignum, lapis; alterum quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohærentibus constat, ut ædificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti grex. "

[2] Formano parte integrante della cosa principale l' erba, gli alberi, i frutti e tutte le cose utili che la terra produce, gli edificî e le altre costruzioni fatte nel suolo, e tutto ciò che è connesso naturalmente od artificialmente col suolo o cogli edificî in guisa da non poterne essere staccato senza distruggerlo o cambiare il suo modo di essere e che perciò è divenuto parte integrante della cosa principale a cui si trova congiunto, come le tegole, i mattoni, le travi conficcate e murate nella casa, le porte, le finestre ec.

quale la cosa accessoria, senza formare una parte integrante della cosa principale, è destinata al servizio di quest' ultima ed a questa appartiene. Di quelle cose accessorie che formano parte integrante della cosa principale è inutile discorrere, dappoichè quello che vale pel tutto vale anche per le sue parti integranti.

Le altre cose accessorie che non formano parte integrante della cosa principale, a cui appartengono, chiamansi *pertinenze*. Le pertinenze sono quelle cose, che, pure conservando il loro individuale carattere e la loro esistenza separata, stanno nondimeno in tale relazione colla cosa principale, da essere risguardate come appartenenti alla medesima. Esse vengono aggiunte a cose già complete per conservarle, difenderle, abbellirle, renderne l' uso maggiormente profittevole. L'importanza giuridica delle pertinenze consiste in ciò che ogni disposizione giuridica sulla cosa principale comprende per regola generale anche le pertinenze. Conviene adunque stabilire quali cose sieno da ritenersi per pertinenze. Innanzi tutto è chiaro che bisogna sempre avere riguardo all'intenzione delle parti contraenti ed alle circostanze speciali di ogni singolo caso, dappoichè può avvenire che la medesima cosa ora sia ed ora non sia pertinenza.[1] — In generale, perchè ad una cosa si possa attribuire la qualità di pertinenza, si richiedono le seguenti tre condizioni. In primo luogo, essa deve servire all' interesse della cosa principale;[2] in secondo luogo, deve essere destinata al servizio duraturo della cosa principale;[3] in terzo luogo, deve già trovarsi in quella tal relazione colla cosa principale da servire al di lei interesse duraturo.[4]

Alle cose accessorie appartengono anche le spese ed i frutti, di cui passiamo a parlare.

---

[1] Se, per esempio, io entro nel negozio di un droghiere e compero una bottiglia di vino, s' intende da sè che la bottiglia è compresa nella compra del vino; ma se io entro in una osteria e mi fo portare un fiasco di vino, non deve ritenersi che io abbia diritto di portare via il fiasco dopo aver bevuto il vino.

[2] Fr. 13, § 31 e fr. 17, § 2 de act. emti (19. 1); fr. 91, § 3 de leg. III.

[3] Fr. 17, § 7 de act. emti vend. (19. 1); fr. 26 de instrum. leg. (33. 7).

[4] Se però fosse stata tolta temporaneamente, non perderebbe il suo carattere di pertinenza. Fr. 17, § 10 de act. emti vend. (19. 1): " Ea, quæ ex edificio detracta sunt, ut reponantur, ædificii sunt, at quæ parata sunt, ut imponantur, non sunt edificii. § 11. Pali, qui vineæ causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt. "

## §. 20.

### Spese e frutti.

*Spese.* — Per ispese s' intende tutto ciò che fu sborsato od impiegato intorno o per una data cosa. Esse si dividono in necessarie, utili e voluttuarie. *Necessarie* sono quelle indispensabili per la conservazione della cosa; *utili* sono quelle che, senz' essere di stretta necessità, aumentano il valore intrinseco della cosa, come le spese di coltivazione, diboscamento, irrigazione; *voluttuarie* sono quelle che non aumentano il valore della cosa, ma soltanto il piacere o il diletto, come gli abbellimenti, le indorature e così dicendo. [1]

*Frutti.* — Per frutti nel senso proprio della parola s' intendono i prodotti organici di una cosa, come sarebbero le erbe, il grano, gli alberi, il latte, la lana ed altri simili. [2]

I frutti si dividono in pendenti, separati, percetti, percipiendi, esistenti e consumati. — Diconsi *pendenti* quelli che sono ancora aderenti alla cosa che li ha prodotti; [3] diconsi *separati* quelli staccati dalla cosa che li ha prodotti, qualunque sia la causa del distacco, o la maturità, o il vento, o il fatto dell' uomo; [4] diconsi *percetti* quelli di cui fu preso possesso dopo il distacco; diconsi *percipiendi* quelli che il possessore della cosa fruttifera doveva, da buon padre di famiglia, percepire, ma non ha percepiti; diconsi *esistenti (extantes)* quelli che si trovano ancora in natura presso il possessore della cosa fruttifera; diconsi *consumati* quelli che non si trovano più tali e quali presso del possessore della cosa fruttifera, sia che li abbia effettivamente goduti, sia che li abbia alienati, sia che li abbia specificati, cioè ridotti ad altra materia.

---

[1] Ulp. fragm. VI. 14-17.

[2] È però da avvertire che, rigorosamente parlando, non si considerano come frutti che quei prodotti organici che la cosa produce secondo la sua destinazione e senza che venga intaccata la cosa stessa. Per conseguenza non si considerano come frutti i parti della schiava (fr. 27 pr. de her. pet. 5. 3) e gli alberi che secondo le regole dell' economia rurale non erano destinati ad esser tagliati (fr. 7, § 12, sol. mat. 24. 3).

[3] I frutti, finchè sono pendenti, si considerano come parte integrante della cosa che li ha prodotti ed appartengono al proprietario della medesima (fr. 44 de rei vend. VI, 1).

[4] Colla separazione dei frutti nasce una nuova proprietà (§ 72).

In diritto si usa il vocabolo *frutto* anche per indicare le rendite di una cosa che abbiamo conceduta ad altri, per esempio gli interessi del danaro, le pigioni delle case, il nolo dei cavalli e delle vetture.[1] I frutti in questo senso chiamansi *civili* per distinguerli dai frutti organici ossia naturali.

## § 21.

### Res mancipi e res nec mancipi.

I giureconsulti romani annoverano fra le *res mancipi*: 1° i fondi italici; 2° le servitù rustiche; 3° gli schiavi; e 4° i quadrupedi da tiro e da soma, purchè indigeni e domestici, come per esempio i muli, gli asini, i bovi e i cavalli;[2] tutte le altre cose sono *nec mancipi*.

Non è facile il conoscere con precisione il criterio che separava le *res mancipi* dalle *res nec mancipi*.[3] La spiegazione più semplice sembra la seguente. Le cose mancipabili erano quelle che dovevano essere dichiarate nel censo, introdotto da Servio Tullio per calcolare la ricchezza dei cittadini ed assegnare ai medesimi la classe rispettiva in cui dovevano votare nei comizî. La ragione per cui nel censo non venivano registrate che le cose surriferite è che la ricchezza del popolo romano consisteva specialmente nell'agricoltura. I fondi situati in Italia erano adunque la ricchezza principale della nazione: ma i fondi soli non bastavano, e perciò si valutavano anche le cose ad essi inerenti e le pertinenze dei medesimi, e quindi anche le servitù rustiche ed i quadrupedi atti all'economia rurale.[4] Ora, siccome le *res mancipi* erano registrate nelle liste censuarie, il proprietario delle medesime era colui che tale appariva sulle liste, e quindi richiedevasi la trascrizione nel censo ogni qualvolta trattavasi di trasferire ad altri la proprietà delle medesime. Ma cotesta trascrizione censuaria non acquistava la sua vera efficacia se non colla lustrazione, la quale seguiva di cinque in cinque anni. Una cosa alienata in questo frattempo non diveniva proprietà effettiva dell'acquirente se non dopo seguita la lustrazione. Per ovviare a questo inconveniente si introdusse,

[1] Fr. 34, 36 e 49 de usur. XXII, 1, e fr. 62 de rei vind. VI, 1.

[2] Ulp. Fragm. XIX, 1.

[3] Una spiegazione assai ingegnosa è stata data dall'avv. MONTANARI in una dotta monografia inserita nell'*Archivio Giuridico* vol. X. p. 351 e seg.

[4] Cic. pro Flacco c. 32; Fest. v. *censui censendo*. Gai. I, 192.

come surrogato della alienazione per censo, la mancipazione, la quale era una vendita simbolica fatta sotto la testimonianza del popolo romano rappresentato da cinque cittadini maschi e puberi.

## CAPO IV.

### ACQUISTO E PERDITA DEI DIRITTI.

### § 22.

#### Acquisto dei diritti in generale.[1]

Per l'acquisto di un diritto si richiede l'unione di quattro condizioni, cioè: un subbietto che fa l'acquisto, un obbietto di acquisto, un avvenimento che crea il rapporto giuridico, e finalmente una norma giuridica che con quell'avvenimento congiunge l'effetto dell'acquisto.

Questi avvenimenti, in virtù de' quali nascono i rapporti di diritto, chiamansi fatti giuridici. I fatti giuridici poi possono essere di tre specie. In primo luogo essi ponno consistere in un atto libero dell'acquirente, come sarebbe l'occupazione di una *res nullius;* in secondo luogo essi ponno consistere in una circostanza del tutto indipendente dalla volontà di chi acquista, e questa circostanza può essere a sua volta, o un avvenimento naturale,[2] o l'atto libero di una terza persona;[3] in terzo luogo essi possono consistere simultaneamente in un atto libero dell'acquirente ed in un avvenimento casuale, od in un atto libero tanto dell'acquirente quanto di una terza persona.[4]

Quando un diritto nasce in forza di un avvenimento del tutto casuale, il diritto si acquista *immediatamente* col verificarsi dell'avvenimento stesso, senza bisogno che l'acquirente imprenda alcun atto e perfino senza ch'egli abbia cognizione dell'avvenimento.

---

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* § 56-57.

[2] Esempi d'acquisto di diritti in causa di un avvenimento naturale sono l'acquisto del diritto di cittadinanza per *nascita*, l'acquisto di un legato per *morte* del testatore.

[3] Si acquista, per esempio, un diritto pel fatto di un terzo, quando questi fabbrica un edificio sul nostro terreno.

[4] Tali sarebbero, per esempio, l'acquisto di un'eredità mediante adizione, l'acquisto di proprietà mediante *traditio*, l'acquisto di un credito mediante contratto.

In tali casi si parla di acquisizione immediata, ossia di pieno diritto (*ipso iure*).

L'acquisto dei diritti si distingue in *originario* e *derivativo*, secondo che i diritti si acquistano indipendentemente dal diritto di un altro, o si trasferiscono da una persona ad un'altra, in modo che questa li derivi da quella. Un acquisto originario sarebbe, per esempio, l'acquisto della proprietà di un oggetto per occupazione, così pure l'acquisto per usucapione. Un acquisto derivativo sarebbe l'acquisto della proprietà per tradizione.

L'acquisto dei diritti si distingue inoltre in *oneroso* e *gratuito*, secondochè si fa con o senza correspettivo. È oneroso, per esempio, l'acquisto che si fa mediante compera o permuta; è gratuito invece l'acquisto di un diritto per eredità o per donazione.

## § 23.

### Successione nei diritti di un altro.

Talvolta si acquistano diritti che sono andati perduti per un'altra persona. Questo trapasso dei diritti da una persona ad un'altra chiamasi *successione*.

Ogni successione giuridica richiede le seguenti tre condizioni. In primo luogo deve esistere un rapporto giuridico nel quale si possa succedere; in secondo luogo questo rapporto giuridico deve rimanere il medesimo, e soltanto il subbietto deve cambiare: [1] e da ultimo il successore deve subentrare nel luogo del precedente titolare del diritto in forza di uno speciale rapporto giuridico esistente tra loro, cioè tra l'autore e il successore. [2] — La succes-

[1] Il solo fatto che due persone hanno avuto in epoche diverse la proprietà della medesima cosa non basta da sè a stabilire una successione giuridica fra quelle due persone, come meglio risulterà dalla nota seguente.

[2] La successione implica tra i due rapporti di diritto un legame così intimo da potersi essi considerare come un solo ed identico rapporto giuridico trasmesso da una persona in un'altra. Onde esista un legame siffatto, è necessario che il diritto posteriore si colleghi immediatamente col primo. Se, per esempio, una cosa abbandonata dal suo padrone viene occupata da un altro, non vi ha successione. Lo stesso dicasi di chi acquista la proprietà per usucapione. Perchè esista successione, richiedesi assolutamente che il rapporto giuridico posteriore si fondi sul rapporto anteriore e discenda da questo come una conseguenza. Un esempio ce l'offre l'acquisto del diritto di proprietà per tradizione. Il consegnatario acquista il suo diritto dal tradente, e non acquista nè più nè meno di quello che aveva il tradente ossia l'autore.

sione giuridica non ha luogo nelle relazioni di famiglia, ma soltanto nei rapporti di diritto patrimoniale.

La successione si distingue in singolare e universale. La successione *singolare* ossia a titolo singolare è quella che ha per oggetto uno o più diritti patrimoniali ciascuno preso isolatamente. La successione universale ossia a titolo universale ha per oggetto i beni considerati come un tutto ideale, fatta astrazione dal loro contenuto speciale, sì per la quantità e sì per la qualità. È bensì vero che la successione a titolo universale abbraccia implicitamente i diritti particolari contenuti nell' insieme dei beni, ma ciò non avviene che indirettamente, inquantochè quei diritti particolari formano parte integrante dell' insieme che forma l' oggetto proprio della successione universale. La nota caratteristica della successione a titolo universale è la trasmissione *immediata* dei debiti e crediti componenti l' insieme, mentre al successore singolare i diritti non si trasmettono che mediatamente. È appunto qui dove si manifesta la grande differenza che passa fra l' *eredità*, che è una successione a titolo universale, e il *legato*, che è una successione a titolo singolare. L' erede, tostochè ha adito l' eredità, diventa immediatamente proprietario di tutto il patrimonio del defunto, senza bisogno che gli vengano consegnati gli oggetti ereditarî e cedute le azioni creditorie del defunto; il legatario, invece, non acquista la proprietà degli oggetti lasciatigli se non per mezzo della relativa consegna.

Nel diritto moderno l' unico caso di successione universale è l' eredità; nel diritto antico esistevano inoltre i casi dell' *arrogatio*, della *conventio in manum* ed altri di cui parleremo in luogo più opportuno.

## § 24.

### Dei fatti giuridici come cause efficienti di diritti.

I fatti giuridici sono quei fatti o quegli avvenimenti, positivi o negativi, che producono l' acquisto, la perdita o la modificazione di un diritto. Essi sono svariatissimi, e non si possono determinare con precisione se non con speciale riguardo ai singoli rapporti di diritto. Particolare menzione meritano i fatti umani, ossia le manifestazioni esterne della volontà. I fatti umani, sieno essi positivi o negativi, leciti o illeciti, possono produrre conseguenze giuridiche, e sotto questo rapporto si possono chiamare

atti giuridici, in lato senso della parola. In un senso meno ampio però si chiamano atti giuridici i negozi, cioè quelle manifestazioni di volontà che sono essenzialmente dirette a produrre una conseguenza giuridica, cioè a creare, estinguere o modificare un rapporto giuridico.

Ogni atto giuridico richiede necessariamente che l' agente sia capace di volere e che dichiari questa sua volontà. Questa capacità di volere manca affatto alle persone giuridiche, agli infanti, ed a quelli che sono totalmente privi dell' uso della ragione, come i furiosi, i dementi ed i mentecatti. Queste persone non possono intraprendere atti giuridici se non col mezzo dei loro rappresentanti, cioè amministratori, tutori o curatori. [1]

Per compiere un atto giuridico si richiede inoltre che la persona capace di volere abbia manifestata la sua volontà, e che questa manifestazione o dichiarazione esterna della volontà corrisponda effettivamente colla volontà stessa, dappoichè se ciò che è stato dichiarato non è effettivamente voluto, non esiste che l' apparenza di una dichiarazione di volontà. Chi sostiene che la volontà, quale è stata manifestata, non corrisponde a quanto l' agente ha effettivamente voluto, deve darne la prova; ma, provato che sia, è naturale che quella dichiarazione di volontà non ha efficacia giuridica. Questa contradizione tra la volontà dell'agente e la dichiarazione esterna della volontà può benissimo dipendere anche da errore, ma andrebbe molto lontano dal vero chi credesse che l'errore abbia sempre l' effetto di escludere la volontà e di rendere quindi giuridicamente inefficace la dichiarazione della medesima. Lo stesso dicasi della violenza e del dolo che possono bensì viziare la determinazione della volontà, ma di regola non la escludono. Ciò mi conduce a trattare dell' influenza che sulla determinazione della volontà possono avere la violenza, l' errore e il dolo.

Della violenza. [2] — La violenza può essere fisica o morale. La violenza fisica consiste in un costringimento corporale che riduce la vittima della violenza ad un stato puramente passivo. Una tale violenza fisica non entra nel nostro soggetto, dappoichè essa esclude ogni e qual siasi volontà, e senza questa non può sussistere alcun atto giuridico. E per vero se io prendo colla forza la mano di

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 59.
[2] V Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 61.

Tizio e colla medesima traccio una scritta, non si può dire che Tizio abbia agito, e molto meno che abbia voluto. Non è così della violenza morale che consiste nella minaccia che si fa ad alcuno per indurlo ad una qualche risoluzione. Questa violenza morale non esclude totalmente la volontà del minacciato, imperocchè colui che per paura si lascia indurre ad un qualche atto ha preso egli medesimo una risoluzione e per prendere una risoluzione qualsiasi richiedesi la determinazione della volontà, o, come dice il giureconsulto Paolo al fr. 21 § 1, *quod metus causa* (4,2) « *quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.* » Infatti se Tizio minaccia d'incendiarmi la casa qualora io non intraprenda un atto ch' egli mi vuole imporre, io non sono necessariamente costretto di fare la volontà di Tizio, dappoichè sta in me o di resistere alle sue minacce, o di sopportare il male minacciatomi.

È appunto in base a questi principî che gli atti giuridici, intrapresi sotto l'influenza delle minacce altrui, non sono dichiarati nulli. Ma se gli atti giuridici conchiusi per violenza non sono radicalmente nulli, è però in facoltà della persona minacciata di ottenerne la rescissione. Richiede infatti l'equità che venga repressa la immoralità che accompagna la violenza, e che nessuno abbia a ritrarre vantaggi da un fatto illecito. In considerazione appunto di questa immoralità della violenza, il pretore romano diede al minacciato diversi rimedi legali per sottrarsi alle conseguenze dannose causategli dall' altrui violenza: e questi rimedî di legge sono: l'azione derivante dal contratto stesso, colla quale il violentato può chiedere la rescissione del contratto o il rifacimento di tutti i danni; l'*actio quod metus causa*, *l' exeptio metus*, e la restituzione in intiero *propter metum;* come meglio spiegheremo nella parte speciale.

Anche pel Codice civile italiano non esiste già nullità radicale degli atti giuridici conchiusi per violenza, ma la vittima può ottenere la rescissione dell' atto, purchè promuova la relativa azione nel termine di cinque anni dal giorno in cui è cessata la violenza (art. 1300).

È però da avvertire che non basta una violenza o minaccia qualsiasi per produrre gli effetti legali suesposti, ma sono necessari i seguenti quattro requisiti. In primo luogo è mestieri che la violenza sia ingiusta, cioè che l' autore della medesima non avesse diritto di agire nel senso della minaccia. [1] In secondo luogo è

---

[1] Fr. 3 § 1 quod metus causa IV, 2.

mestieri che il male minacciato sia grave, cioè che sia in pericolo la vita, o la salute, o una parte considerevole delle sostanze.[1] È mestieri in terzo luogo che il timore incusso colla violenza sia fondato, cioè che il male minacciato sia verisimile. Le minacce adunque devono essere fatte sotto tali circostanze da potersi mettere in esecuzione. Tocca poi al prudente arbitrio del giudice di decidere se il timore ispirato sia o non sia fondato.[2] Da ultimo il timore deve essere stato incusso a bella posta, cioè appositamente per determinare il minacciato ad eseguire l'atto in questione.[3]

Dell' errore.[4] — L' errore è la falsa conoscenza di una cosa. La nessuna conoscenza di una cosa, ossia l'ignoranza, è in diritto equiparata all' errore. Due specie di errore si distinguono, cioè l'errore di diritto e l'errore di fatto. Il primo consiste nel non conoscere una norma giuridica, il secondo nel non conoscere una qualche circostanza di fatto.[5] Questa distinzione acquista importanza lorquando si tratta di acquistare diritti o di allontanare conseguenze giuridiche dannose. E difatti l' errore, perchè serva a procurare un vantaggio o ad evitare una perdita, dev' essere scusabile. Ora di regola il solo errore di fatto è scusabile, semprechè non dipenda da supina ignoranza, mentre l' errore di diritto non merita scusa, perchè niuno, che sia dotato di capacità ordinaria, deve ignorare la legge. Tuttavia se, per circostanze speciali, la persona che fu vittima dell' errore non avesse avuto i mezzi per istruirsi su quel punto di diritto intorno al quale errò, si scusa anche l' errore di diritto. Del resto i minori, le donne, i soldati, le persone rustiche, siccome hanno minore opportunità di conoscere la legge, e minore attitudine ad intenderla, sono trattate con più indulgenza delle altre, quanto all' errore di diritto. Riservandoci di esaminare nella parte speciale, in ogni singolo caso, l' influenza che può esercitar l' errore sia per l' acquisto di vantaggi, sia per evitare conseguenze giuridiche dannose, qui dobbiamo limitarci a trattare dell' influenza che l' errore può avere sulla dichiarazione della volontà negli atti giuridici.

I motivi per cui una persona s' induce ad un atto giuridico, le presupposizioni da cui ella partì e le speranze che concepì

---

[1] Fr. 5, 22, 23 § 1 e 2 eod. fr. 3, ex quib. caus. mai IV, 6.
[2] Fr. 6 e 7 pr. e fr. 9 quod m. c. (4. 2) comb. col fr. 3. q. c. m. IV, 6.
[3] Fr. 14 § 3 e fr. 9 § 1 e fr. 21 pr. ex quib. c. mai IV, 6
[4] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. §. 62.
[5] L' ignoranza delle leggi straniere si considera come ignoranza di fatto, poichè nessuno è obbligato a conoscere le leggi degli altri Stati.

sono atti interni estranei all'atto giuridico, il quale è costituito dalla volontà e non dai motivi da cui questa fu originata. Quindi l'errore intorno ai motivi non impedisce la volontà, e però l'atto giuridico conchiuso sotto l'influenza di un tale errore non è mai nullo. Questa regola vale per tutti gli atti giuridici, cioè tanto per quelli fra vivi quanto per le dichiarazioni d'ultima volontà. Queste ultime però possono essere impugnate come inefficaci ogni qualvolta si provi che il testatore non avrebbe disposto, o non avrebbe disposto in quel modo, se all'epoca della disposizione avesse conosciuto il vero stato delle cose.

Quanto alle altre specie di errore bisogna vedere se, ad onta dell'errore, esista volontà da parte dell'agente, o se per causa dell'errore essa venga a mancare. Se l'errore è tale che per esso manchi la volontà, l'atto giuridico è nullo; se invece esiste volontà nonostante l'errore, l'atto giuridico è valido. Nel primo caso l'atto giuridico è nullo, non già perchè l'agente si è trovato in errore, ma perchè a quanto fu dichiarato non corrisponde alcuna vera ed effettiva volontà. In altri termini, l'errore non è la causa della nullità della dichiarazione, ma esso è la causa per la quale non esiste volontà. Di qui viene che in tali casi non si può fare alcuna distinzione tra errore scusabile e non scusabile, fra errore di diritto e di fatto. E per vero, ogniqualvolta è provato che manca la volontà, siccome requisito essenziale di ogni atto giuridico è la dichiarazione della volontà di chi agisce, è evidente che non è possibile parlare di esistenza di un atto giuridico, e nulla può influire la circostanza che la causa, ch'ebbe ad escludere quella volontà, sia un errore di diritto, piuttostochè un errore di fatto.

Tutta la questione si riduce adunque a stabilire i casi nei quali l'errore esclude la volontà. A tal riguardo noi possiamo dire, in tesi generale, che « l'errore esclude la volontà ogniqualvolta ciò che l'agente ha dichiarato di volere non è da lui voluto o in tutta la sua estensione o in qualche elemento essenziale. » La quale regola è dagli interpreti espressa nei seguenti termini: « soltanto l'errore *essenziale* è causa di nullità. » Bisogna quindi vedere quali sieno i momenti essenziali della dichiarazione di volontà; o, in altri termini, quando esista errore essenziale.

In primo luogo è essenziale l'errore sulla natura del rapporto giuridico che si intendeva di stabilire. Se Tizio, per esempio, intende di dare in affitto il fondo, e Caio crede di comprarlo,

avvi errore sulla natura del rapporto giuridico, e l'atto giuridico non è venuto ad esistenza per mancanza di accordo delle due volontà.

In secondo luogo è essenziale l'errore sulla identità della persona, semprechè per errore siasi indicata una persona diversa da quella che effettivamente si voleva, [1] e la considerazione della persona fosse la causa principale dell'atto giuridico. [2]

In terzo luogo è essenziale l'errore sull'identità dell'oggetto. [3] Se l'oggetto della dichiarazione della volontà è indicato *quantitativamente*, la dichiarazione è valida sino all'ammontare in cui concorrano dichiarazione e volontà. [4]

Da ultimo è essenziale l'errore che cade sulle qualità sostanziali dell'oggetto. Diconsi sostanziali o essenziali quelle qualità, che, giusta le idee accettate in commercio, fanno passare l'oggetto in questa o in quell'altra specie, secondochè quelle qualità esistono o non esistono. Se invece l'errore cade su qualità accidentali, su quelle cioè che possono aggiungersi in bene o in male all'oggetto, ma che non ne costituiscono l'essenza, l'errore non è essenziale e quindi non esclude la volontà, [5] e tutto al più potrà esservi diritto a diminuzione di prezzo o ad altra pretesa consimile, come sarà spiegato nella parte speciale.

Esaminati i casi di errore essenziale diremo che sono punti affatto secondari della dichiarazione di volontà le qualità accidentali della persona, il nome della persona, il nome e le qualità accidentali dell'oggetto, le cose accessorie dell'oggetto.

Negli atti giuridici bilaterali, cioè nei contratti, può avvenire che l'errore produca in una delle parti una dichiarazione di volontà che non è in armonia colla dichiarazione dell'altra parte, inquantochè una delle parti crede che l'altra abbia manifestata una volontà diversa da quella che è di fatto, e così creda di aver dato un consenso, che in realtà è un dissenso. In tali casi vi sarà o non vi sarà nullità del contratto, secondochè il dissenso si è manifestato in un punto essenziale od accidentale giusta i principî suesposti; ma anche quì non è, in ogni caso,

---

[1] Fr. 9. pr. de hered. inst. 28, 5. Da non confondersi l'errore sull'*identità* della persona è quello sulle *qualità*. All'errore sulle qualità della persona possono applicarsi per analogia i principî che reggono l'errore sulle qualità dell'oggetto.

[2] Cod. civ. art. 1110.

[3] Fr. 9. § 1, de her. inst. (28, 5). § 23. Inst. de inut. stip. III, 89.

[4] Fr. 9. § 3, de her. inst. (28, 5).

[5] Esempi di errore su qualità essenziali e accidentali si trovano nei fr. 9 § 2, fr. 10, 11, 14. 41 § 1 fr. 58 de contr. emt. (18, 1).

l'errore la causa della nullità, ma sì veramente la deficienza del consenso fra le parti, come spiegheremo meglio nella teoria dei contratti. [1]

Del dolo. — Finora abbiamo trattato dell'errore considerato in sè, fatta astrazione dalle cause che lo produssero. Ora ci resta a trattare dell'errore prodotto dalla volontà maliziosa di un terzo (*dolus*). Per dolo s'intende l'atto per cui taluno trae ingiustamente un altro in errore o ne approfitta per indurlo ad un atto giuridico.

Se l'errore prodotto dai raggiri altrui è essenziale, è affatto indifferente che sia intervenuto dolo, dappoichè l'atto giuridico è nullo per mancanza della volontà dell'agente. Nella esposizione della teoria del dolo si ha di mira soltanto quell'errore che lascia sussistere la volontà, e più specialmente l'errore sui motivi. [2]

Per la sussistenza del dolo non è richiesto che l'ingannatore abbia di mira il proprio interesse, e però agisce con dolo anche chi dà scientemente un consiglio dannoso, come pure chi inganna l'erede sullo stato dell'asse ereditario per indurlo all'adizione dell'eredità, benchè egli non sia fra i creditori della medesima. In quanto poi al dolo consistente nel profittare ingiustamente dell'errore altrui, perchè questo si verifichi, occorre esista tra le parti un rapporto, in forza del quale incombe a ciascuna di esse di illuminare l'altra sull'errore in cui possa versare. Ora un simile rapporto interviene sempre nei contratti, dappoichè in questi ogni contraente ha diritto di pretendere che l'altro agisca verso di lui con lealtà e non approfitti maliziosamente dell'errore in cui per avventura si trovasse. Il dolo usato dalla parte può essere determinante *(causam dans)*, o incidente *(incidens)*. Il dolo è *determinante*, quando i raggiri usati dalla parte sono tali che senza di essi l'altra parte non avrebbe conchiuso il negozio; il dolo è *incidente*, quando l'atto giuridico si sarebbe conchiuso anche se non vi fossero stati raggiri. Secondo che il dolo è determinante o incidente

---

[1] I principî esposti valgono in massima parte anche pel Codice civile italiano, colla differenza che l'errore sulla identità della persona e sulle qualità essenziali della cosa, il quale per diritto romano produce nullità radicale, pel Codice civile non rende l'atto radicalmente nullo, ma soltanto annullabile (art. 1110 e 1300).

[2] Allorquando l'errore è prodotto dall'altrui dolo, questo copre ed assorbe quello: e però non si considera propriamente l'*errore*, ma l'*ingiusto operato* del raggiratore, dal quale l'ingannato vuole essere difeso. Laonde il diritto soccorre la vittima dei raggiri non perchè ha errato, ma perchè è stata ingannata (*ex capite doli*). Ecco il perchè l'errore nei motivi, che per sè non esercita nessuna influenza sulla validità degli atti giuridici, come abbiamo veduto più sopra, viene invece considerato quando esso è prodotto dal dolo altrui.

e secondochè proviene da una delle parti o da un estraneo, sono diversi gli effetti giuridici del medesimo. Questi effetti si possono riassumere in questa proposizione:

Se il dolo adoperato da una delle parti è determinante, la parte ingannata ha diritto di chiedere la rescissione dell'atto giuridico e il risarcimento dei danni; se è incidente, l'ingannato ha solo diritto ad una conveniente indennizzazione. Se poi il dolo proviene da un estraneo, l'atto giuridico è pienamente valido, ma l'ingannato ha l'azione di dolo contro l'ingannatore per essere indennizzato. [1]

## § 25.

### Varie specie di atti giuridici in senso proprio.

Gli atti giuridici in senso proprio sono quei fatti leciti dell'uomo che servono a costituire, modificare od estinguere i rapporti di diritto. Nelle fonti gli atti giuridici sono chiamati *negotia, negotia iuris*, e talvolta anche *actus legitimi.* Quest'ultima espressione però è riservata, di regola, a quegli atti giuridici che non ammettono clausole accessorie.

Gli atti giuridici si dividono in unilaterali e bilaterali, in onerosi e gratuiti, in atti fra vivi ed atti per causa di morte.

Gli atti giuridici *unilaterali* sono quelli per costituire i quali basta il fatto di una sola persona; come sarebbero, ad esempio, l'occupazione, la derelizione, la specificazione, il testamento, il codicillo, l'adizione di una eredità, la gestione degli affari altrui senza mandato. Gli atti giuridici *bilaterali* invece sono quelli per costituire i quali si richiede l'attività di due o più persone: come, per esempio, la tradizione, il matrimonio, l'adozione, e in modo particolare tutti i contratti di qualunque specie.

Gli atti giuridici *lucrativi* sono quelli che implicano una liberalità, come, per esempio, il testamento, la donazione, i con-

---

[1] È superfluo ripetere quanto si è detto più sopra, cioè che noi abbiamo qui di mira il solo caso in cui il dolo ha provocato un errore che per sè non influisce minimamente sulla validità dell'atto giuridico (come è per lo appunto l'errore nei motivi), dappoichè nei casi di errore essenziale manca la volontà, e l'atto giuridico è nullo, senza riguardo se esista o non esista dolo, e se questo provenga da una delle parti o da un estraneo. Tutti i principî ora esposti valgono in massima anche pel Codice civile italiano.

tratti di comodato, di deposito e di mandato. Gli atti giuridici *onerosi* sono quelli mediante i quali ciascuna delle parti mira ad un compenso, come la compra e vendita, la locazione, la permuta, la transazione ed altri simili.

## § 26.

### Elementi costitutivi degli atti giuridici.

Gli elementi che costituiscono un atto giuridico sono o essenziali, o naturali, o accidentali.

Gli elementi *essenziali* sono quelli, senza dei quali l'atto giuridico non esisterebbe: essi costituiscono l'essenza dell'atto. Così, per esempio, il prezzo è un elemento essenziale della compravendita, dappoichè senza prezzo non esiste vendita.

Gli elementi *naturali* sono quelli che non sono necessari per costituire l'atto giuridico, ma che di regola esistono in tutti gli atti giuridici, quando le parti contraenti non li abbiano espressamente esclusi.

Gli elementi *accidentali* di un atto giuridico sono quelli che non derivano dalla natura stessa dell'atto giuridico, ma devono essere espressamente aggiunti.

L'esistenza degli elementi essenziali dell'atto giuridico deve essere provata da colui che dall'atto stesso deriva un qualche diritto; provati gli elementi essenziali dell'atto, gli elementi naturali si presumono, e chi sostiene il contrario deve provarlo; l'esistenza degli elementi accidentali poi deve essere provata da colui che sui medesimi fonda le sue ragioni, dappoichè essi non si presumono.

Fra gli elementi accidentali di un atto giuridico primeggiano le condizioni, il termine e il modo.

## § 27.

### Delle condizioni. [1]

Nozione. — La condizione in lato senso della parola è un avvenimento dal quale si fa dipendere un qualche rapporto giuridico.

In un significato più ristretto e proprio chiamasi condizione l'avvenimento *futuro* ed *incerto* dal verificarsi o non verificarsi

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 66-72.

del quale si fa dipendere un rapporto giuridico.[1] Un atto giuridico conchiuso sotto tale limitazione chiamasi *negotium conditionale*, in opposizione a quelli conchiusi senza condizione, i quali chiamansi *negotia pura.*

Varie specie. — Le condizioni sono sospensive o risolutive, affermative o negative, casuali, potestative o miste, lecite o illecite.

La condizione *sospensiva* è quella dalla quale si fa dipendere l'*esistenza* dell'atto giuridico; la *risolutiva* è quella dalla quale si fa dipendere la *cessazione* dell'atto giuridico.

La condizione è *affermativa*, quando l'atto giuridico si fa dipendere dall'avverarsi di una data circostanza di fatto; essa è negativa quando l'atto giuridico si fa dipendere dal non avverarsi di quella circostanza.

La condizione è *casuale*, quando la sua verificazione dipende intieramente dal caso; essa è *potestativa* quando dipende dalla volontà di colui, il diritto del quale è subordinato alla medesima; la condizione infine è *mista* se dipende in parte dalla volontà di lui e in parte del caso.

La condizione *lecita* è quella che non è contraria nè alle leggi nè al buon costume: illecita quella per mezzo della quale la disposizione contiene alcun che di proibito o riprovato dal diritto o dalla morale.[2]

Verificazione delle condizioni. — La condizione è adempita (*conditio existit*), quando l'avvenimento posto a condizione si è pienamente avverato. Fino a tanto che questo avvenimento non si è avverato, sempreché sia ancor possibile che si verifichi, si dice che la condizione è pendente (*conditio pendet*). Se poi è certo che più non si verificherà, si dice che la condizione è mancata (*conditio deficit*). Le condizioni negative poi si dicono verificate quando è impossibile che avvenga il fatto negativo posto a condizione.

La condizione si reputa adempita, sebbene l'avvenimento posto a condizione non siasi effettivamente avverato, quando colui che ha interesse a che la condizione non si verifichi ne impedisca do-

[1] Dalle condizioni in senso proprio restano escluse le condizioni necessarie, le impossibili, le tacite e quelle che si riferiscono ad un avvenimento presente o passato. Di queste condizioni in senso improprio parleremo in fine del presente paragrafo.

[2] Le condizioni illecite producono effetti eguali alle condizioni impossibili. (Vedi la nota 5 a pag. 96).

losamente la verificazione contro l' intenzione di quanto è stato stabilito. [1]

Effetti delle condizioni. — Per determinare con precisione gli effetti delle condizioni apposte agli atti giuridici, è opportuno tenere distinte le condizioni sospensive dalle risolutive, e trattare separatamente delle une e delle altre, con riguardo ai tre stadî di condizione pendente, verificata e mancata.

*Effetti delle condizioni sospensive.* — Pendente la condizione sospensiva è incerto se l' atto giuridico acquisterà efficacia. L' atto giuridico sussiste, ma è un atto giuridico condizionato: vale a dire, esso contiene in sè la possibilità di produrre gli effetti giuridici cui si ebbe di mira, ma non è per lo appunto che una possibilità, la quale può svanire affatto. In quanto l' atto giuridico contiene in sè la possibilità di produrre gli effetti giuridici, cui si ebbe di mira colla sua costituzione, esso ha fin d' ora una giuridica importanza e una tal qual giuridica efficacia, nel senso che colui, il quale su quell' atto giuridico fonda un suo diritto, per quanto questo sia eventuale ed incerto, non può esserne arbitrialmente spogliato. È una legittima speranza che forma parte del suo patrimonio e che, venendo a morire pendente la condizione, egli trasmette a suoi eredi. L' altra parte, a pregiudizio della quale la condizione può verificarsi, non può distruggere quella speranza, e far sì che gli effetti giuridici, che l' atto è destinato a produrre in caso di condizione adempita, non abbiano a prodursi, ma essa è obbligata ad attendere l' esito della condizione, e sotto questo rapporto si può dire con tutta ragione ch' ella è legata ossia vincolata. È appunto in causa di questo suo vincolo che, verificandosi la condizione, cadono di per sè tutte quelle disposizioni giuridiche che, pendente la condizione, ella avesse prese in contrarietà al diritto eventuale nascente dall' atto condizionato. [2] Se la condizione sospensiva viene a mancare, l' atto giuridico non produce alcun effetto.

Verificandosi la condizione sospensiva, l' atto giuridico condizionale entra in piena forza e produce tutti gli effetti giuridici a

---

[1] Fr. 161, de reg. iur. L. 17; Cod. civ. art. 1169.

[2] Se, per esempio, Tizio avesse, sotto condizione, trasferito in altri la proprietà di un suo fondo, non potrebbe, pendente la condizione, trasferire quella proprietà ad un terzo od aggravarla di servitù o d' ipoteche; che se lo avesse fatto, verificandosi la condizione si estinguerebbero di pieno diritto tutte quelle servitù ed ipoteche, come svanirebbe senz' altro il diritto di proprietà trasferito al terzo.

cui esso mirava, semprechè, s'intende, all'epoca della condizione verificata esistano gli altri requisiti della sua efficacia.

*Effetti delle condizioni risolutive.* — Tutto ciò che nelle condizioni sospensive vale pel *principio* del rapporto giuridico, nelle condizioni risolutive vale per la *fine* del medesimo. Per chiarire meglio questa regola, esamineremo anche qui le tre ipotesi di condizione pendente, mancata e verificata.

Pendente la condizione risolutiva, l'atto giuridico produce tutti gli effetti che per sua natura può produrre, colla possibilità però che, verificandosi la condizione, esso diventi inefficace.

Se la condizione risolutiva viene a mancare, è ormai certo che l'atto giuridico, che era soggetto all'eventualità della risoluzione, non è più risolvibile, e quindi esso vale come se non fosse mai stato soggetto a condizione.

Col verificarsi della condizione risolutiva, l'atto giuridico, a cui la medesima era stata apposta, si risolve, e cessano quindi di pien diritto tutti i suoi effetti giuridici, come se non fosse mai stato conchiuso. Nè si creda per avventura che, verificandosi la condizione risolutiva, nasca soltanto un'azione per chiedere la restituzione delle cose nel loro pristino stato; chè anzi gli effetti giuridici creati dall'atto sottoposto a condizione risolutiva si estinguono direttamente e attivamente, come non si fossero mai verificati. In altri termini, la condizione risolutiva verificata ha effetto retroattivo.

Delle condizioni improprie. — Come si disse in principio di questo paragrafo, vi sono alcune condizioni che a stretto rigore non sono vere e proprie condizioni. Tali sono le condizioni necessarie, le impossibili, le tacite, e quelle che si riferiscono ad un avvenimento presente o passato.

*Condizioni necessarie.* — Le condizioni necessarie sono quelle che devono necessariamente verificarsi. Per esempio: « mi obbligo a pagarti mille scudi se Tizio morrà. » La morte di Tizio è certa, e d'incerto non vi ha che il tempo in cui essa accadrà, e quindi si sa fin d'ora con certezza che l'avvenimento posto a condizione presto o tardi deve verificarsi. L'atto giuridico conchiuso sotto una condizione siffatta non è condizionale, ma incondizionato (*negotium purum*). Nel caso surriferito io sono fin da bel principio debitore della somma promessa, e solo potrà esserne differito il pagamento fino al giorno della morte, se questa era l'intenzione dei

contraenti.[1] Altro esempio di condizione necessaria sarebbe il seguente: « ti prometto mille scudi se per tutto questo mese Tizio non toccherà il cielo col dito. » Anche qui, siccome è certo fin d'ora che Tizio non toccherà il cielo col dito, la condizione *di non toccare il cielo col dito* è necessariamente adempita. È lo stesso come se avessi detto: « ti darò mille scudi se non avverrà ciò che è impossibile che avvenga, » e quindi io dovrò pagare tosto i mille scudi, come se li avessi promessi incondizionatamente.[2]

*Condizioni impossibili.* — Le condizioni diconsi impossibili, quando è certo fin da principio che, secondo le leggi naturali o giuridiche, l'avvenimento a cui si riferiscono non si potrà mai verificare. Esse sono quindi o *naturalmente* impossibili o *giuridicamente* impossibili. Esempio di condizione naturalmente impossibile: « ti prometto mille scudi se toccherai il cielo col dito. »[3] Un esempio di condizione giuridicamente impossibile sarebbe questo: ti prometto mille scudi se conchiudi un valido matrimonio con tua sorella. Una condizione impossibile equivale alla negazione completa della volontà di colui che si obbliga o dispone sotto tale condizione, e quindi dovrebbe produrre in ogni caso la nullità dell'atto. Codesta nullità è espressamente pronunciata per gli atti tra vivi,[4] ma nelle disposizioni d'ultima volontà, invece, vale la regola che le condizioni impossibili si ritengono per non apposte.[5]

---

[1] Fr. 9 § 1, de novat. (46, 2) " Qui sub conditione stipulatur, *quæ omnimodo exstitura est, pure* videtur stipulari. „ Veg. inoltre il fr. 79 pr. de cond. (35, 1) e § 11, Inst. III, 19.

[2] Fr. 8 de V. O. (45, 1, " Sed cum eo, qui ita promisit: *si intra Kalendas digito Cœlum non tetigerit,* agi protinus potest. „ Vedi anche il Cod. civ. art., 1161. Alcuni autori danno a queste condizioni necessarie negative il nome di condizioni *negative impossibili,* ma questa denominazione è da rigettarsi, dappoichè, come vedremo, i principî che reggono le condizioni *impossibili* sono ben diversi da quelli che valgono per le *necessarie.* V. *Archivio Giuridico* vol. VIII. p. 427.

[3] Vedi § 11. Inst. de inut. stipul. (3. 19). Nè importa che chi promette o dispone sotto condizione impossibile creda erroneamente alla possibile verificazione della medesima.. La condizione non cessa per questo di essere impossibile (fr. 31, de obl. et act. 44, 7).

[4] Fr. 31 de obl. et act. (44, 7); Cod. civ. art. 1160.

[5] Gaio, III, 98; § 10, Inst. de hered. inst. (11, 14); fr. 3, de cond. et demonstrat. (45: 1). Effetti eguali alle condizioni impossibili producono le condizioni illecite (*turpes*), quelle cioè che imprimono all'atto, in cui esse intervengono, un carattere tale che l'operazione nel suo insieme sia riprovata dalla legge morale o dalla legge civile. Per sapere se la condizione sia lecita o illecita non si deve guardare al fatto posto come condizione, ma allo scopo che si è prefinito colui che ha imposto la condizione.

*Condizioni tacite.* — Le condizioni tacite, ossia quelle a cui la legge stessa subordina l'acquisto di un diritto, non rendono l'atto giuridico condizionale, ma sono una inutile ripetizione di ciò che è già sottinteso per la natura stessa dell' atto. Esse hanno soltanto l' apparenza, ma non la forza di vere condizioni.[1]

*Condizioni che si riferiscono ad un avvenimento presente o passato.* — Anche queste non sono condizioni che in apparenza, ma in realtà non rendono condizionale l' atto giuridico a cui furono apposte, dappoichè in esse non vi ha nulla d' incerto. L'incertezza non è che nella mente delle parti, ma non nella natura delle cose. Una semplice verificazione dei fatti basterà per decidere se l'avvenimento erasi o non erasi avverato fin da quando venne conchiuso l'atto giuridico: nel primo caso l'atto era fin da bel principio puro e semplice: nel secondo non si è nemmeno formato.[2]

Da ultimo osserveremo che certi atti giuridici non ammettono condizione di sorta, ed altri, come per esempio l' adizione di eredità, non ammettono certe specie di condizioni. Così, per esempio, non si può istituire un erede sotto condizione risolutiva. L' apposizione di siffatta condizione renderebbe nulla l' istituzione.

## § 28.

### Del termine e del modo.

*Termine o dies.*[3] — Il termine apposto ad un atto giuridico è l' epoca dalla quale debba incominciare, o fino alla quale debba durare un rapporto di diritto. Nel primo caso si ha il termine primordiale *(dies a quo)*, nel secondo il termine finale (*dies ad quem*). Il termine può essere determinato in modo diretto, coll' indicazione di un giorno preciso del calendario,[4] o in modo indiretto col ri-

---

[1] Fr. 69 de hered. inst. 28, 5.

[2] Per esempio: Mi obbligo di darti mille scudi se nel 1866 i Prussiani hanno vinto la battaglia di Sadowa. Delle due l'una; o il fatto esiste fin da bel principio, ed io sono tosto debitore; o il fatto non esiste, e la promessa è nulla, come è detto anche nel § 6 Inst. III, 15: " *Nam si ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet.* "

[3] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 78.

[4] Per esempio: Mi obbligo di pagarti mille scudi ai dieci gennaio del prossimo anno. — Esempio di termine finale: Io ti affitto questo fondo per un anno, cioè dall' undici novembre 1870 al dieci novembre 1871.

ferirsi ad un avvenimento futuro o al compimento della durata di uno stato di cose, per esempio, all'epoca della mia morte, quando sarai uscito di tutela. In caso di determinazione indiretta del termine può darsi che sia incerto se l'avvenimento sarà per verificarsi (*dies incertus an*). In tal caso non esiste vero termine, ma una condizione.[1]

Il termine, a differenza dalla condizione, non rende incerto il rapporto giuridico (cioè l'esistenza o la fine del medesimo), ma, secondo che è termine primordiale, o finale, ne ritarda la esecuzione o ne impedisce la continuazione. Se io, per esempio, prometto mille scudi pel 1 Gennaio 1880, il mio debito esiste fin dal momento della promessa, e il termine apposto non ha altro effetto che quello di protrarre l'epoca dell'esecuzione della medesima.

*Modus.*[2] — Il modo è un peso imposto a colui al quale si fa una liberalità. Avviene cioè di frequente nelle donazioni e nelle disposizioni d'ultima volontà che si ingiunga al beneficato (donatario, erede e legatario) di impiegare tutto o parte di quanto ha avuto ad uno scopo determinato, o di eseguire qualche altro incarico.[3] Simile ingiunzione, che non ha il carattere di correspettività, ma è soltanto una diminuzione del beneficio accordato, differisce dalla condizione e dal termine in ciò che non sospende nè l'esistenza nè l'esecuzione del diritto.

Chi riceve quanto gli fu lasciato *sub modo* è obbligato ad eseguire l'incarico impostogli, semprechè questo non contenga nulla di impossibile, di illegale o di immorale. A tale scopo è accordato a chi fece la liberalità od a' suoi eredi un'azione verso il beneficato per costringerlo all'adempimento dell'ingiunzione impostagli.[4] Da non confondersi col *modus* è il semplice consiglio, il quale non produce alcuna efficacia giuridica.

---

[1] Per esempio: Mi obbligo di pagarti mille scudi il giorno che avrò raggiunto l'età di 90 anni. Qui non vi ha che l'apparenza di un termine; in realtà si ha una condizione. Talvolta però l'intenzione delle parti può essere tale che anche il termine, benchè incerto se avverrà, venga considerato come vero termine. Se, per esempio, io ho lasciato il godimento di un fondo a Tizio *sino all'epoca in cui Sempronio avrà raggiunto l'età di 25 anni*, può darsi che io abbia inteso di dire sino all'epoca in cui Sempronio avrebbe raggiunto i 25 anni, se fosse vissuto.

[2] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. §. 74.

[3] Esempio: " *Centum millia tibi lego ut monumentum facias.* "

[4] Fr. 40 § 5; fr. 71 pr. § 1 e 2 e fr. 8 de cond. et demonstr. 35, 1.

## § 29.

### Requisiti degli atti giuridici in senso proprio.

Per l'esistenza di un atto giuridico si richieggono un dato subbietto, un dato obbietto ed una debita manifestazione della volontà.

*Requisiti subbiettivi.* — Il subbietto che intraprende l'atto deve avere la capacità di agire. Cotesta capacità, come si è già detto altrove (§ 9 e 24), manca totalmente agli infanti, ai furiosi ed ai mentecatti, i quali non possono per conseguenza conchiudere verun atto giuridico; vi sono poi persone, che hanno una incapacità relativa, come per esempio i pupilli che, senza *l' auctoritas* del loro tutore, possono stipulare, ma non promettere. I minori e le donne sono pure limitati, sotto certi rapporti, nella loro capacità di agire, come vedremo a suo luogo.

*Requisiti obbiettivi.* — L' obbietto dell' atto giuridico deve essere possibile e lecito. Per conseguenza se l' obbietto è così vagamente indicato che non sia assolutamente possibile determinarlo, l' atto è invalido. Lo stesso dicasi quando l' atto giuridico ha per obbietto una cosa che non esiste o che è fuori di commercio. Se poi l'atto giuridico ha per obbietto il fatto di una persona, questo fatto dev' essere lecito e fisicamente e giuridicamente possibile.

*Debita manifestazione della volontà.* — Di regola basta che la volontà si manifesti in un modo qualunque, cioè a voce, in iscritto, con segni o con altri atti concludenti. Talvolta però è necessaria l' osservanza di certe solennità di forma, le quali consistono ora nell' uso di certe determinate parole, ora nell' intervento di testimoni, ora nella redazione dell' atto in iscritto, od anche nell' assistenza di pubblici ufficiali. L' adempimento di queste solennità, semprechè la legge le abbia espressamente prescritte per la validità dell' atto e non al solo scopo di prova, è essenziale per la giuridica esistenza dell' atto, e la loro inosservanza produce invalidità dell' atto.[1]

---

[1] V. Arndts, *Pand.* 1, § 64 e la mia memoria *sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l' osservanza delle forme prescritte dalla legge.* Roma 1874.

## § 30.

### Invalidità degli atti giuridici. [1]

L' invalidità degli atti giuridici è di due specie, cioè nullità (inesistenza) e rescindibilità (annullabilità).

*Nullo* è quell' atto giuridico che esiste soltanto in apparenza, ossia di fatto, ma che giuridicamente non sussiste. La nullità adunque è la negazione della esistenza giuridica di un atto. Così sarebbe nullo il testamento che avesse a preterire un figlio soggetto alla patria potestà, o che non contenesse l'istituzione d'erede, o che mancasse di qualche solennità espressamente prescritta dalla legge.

*Rescindibile* è quell' atto giuridico che ha bensì giuridica esistenza, ma la cui efficacia può essere impugnata da chi ha un diritto di natura contraria, in forza del quale può domandare la invalidazione ossia rescissione del medesimo. Fino a tanto che l' atto giuridico rescindibile non è stato impugnato da chi ne ha il diritto, esso continua a sussistere. Così, per esempio, un atto giuridico conchiuso per dolo o per violenza altrui non è nullo, ma ha giuridica esistenza, fino a tanto che l' ingannato o il minacciato non si sono valsi del diritto di chiederne la rescissione.

Tanto la nullità quanto la rescindibilità di un atto possono esistere fin da bel principio, o possono sopravvenire in seguito. Nullo da bel principio è un atto, quando manca di un requisito essenziale alla sua esistenza, o quando è contrario ad una legge proibitiva. Le cause per cui un atto giuridico, valido in origine, diventa invalido dipoi, sono varie secondo la natura dell' atto, e non ammettono una classificazione generale. Un esempio sarebbe la rottura del testamento per la nascita di un *postumus suus* che è stato preterito, o per cangiamento di volontà. [2]

Talvolta avviene che un atto giuridico sia nullo considerato del punto di vista di una prescrizione di legge che aveva di mira colui che l' ha conchiuso, ma contenga in sè tutti i requisiti preveduti da un' altra disposizione di legge, e sia valido sotto questo aspetto. Un' obbligazione cambiaria, per esempio, può essere valida come obbligazione civile, sebbene manchi di un requisito es-

---

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 79.

[2] Vedi più sotto § 195.

senziale per valere come obbligazione cambiaria. Così può valere come donazione un contratto di vendita in cui sia stato pattuito che non possa esigersi il prezzo.

Talvolta avviene che un atto giuridico invalido divenga valido in seguito. A tal riguardo bisogna distinguere il caso in cui viene a cessare la causa dell'invalidità, da quello della ratifica.

Quanto al primo caso vale la regola generale che l'atto giuridico nullo non diventa valido per la cessazione della causa di nullità. [1] Non è che per via di eccezione che la legge ammette che possa validamente aggiungersi in seguito all'atto quanto gli mancava in origine per la sua validità, il che avviene specialmente quando l'invalidità proveniva dalla mancanza del consenso di una terza persona, il quale siasi ottenuto dipoi, come per esempio quando il curatore approva posteriormente la vendita fatta dal minore, o quando il padre approva il mutuo di denaro fatto al suo figlio di famiglia.

Quanto al secondo caso bisogna tenere distinti gli atti nulli dagli atti rescindibili. Un atto giuridico *nullo* per difetto di formalità o per un motivo d'ordine pubblico non può essere sanato con verun atto confermativo; un atto giuridico rescindibile invece può essere ratificato da chi ha diritto ad impugnarlo. [2]

Gli esposti principî valgono anche pel Codice civile italiano, sebbene questo adoperi la parola *nullità*, tanto per dinotare la insussistenza dell'atto, nullità assoluta e radicale, quanto per esprimere la semplice rescindibilità o annullabilità. [3]

---

[1] Fr. 29 de reg. iuris (50, 17). " Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. "

[2] Esempi si trovano al fr. 3, § 1 de min. (IV, 4) e alla c. 4 de his quæ vi (II, 20). Veg. anche gli articoli 1309-1311 del Cod. civ. italiano. L'atto giuridico rescindibile può diventare valido anche per prescrizione dell'azione di rescissione (Cod. civ. art. 1300).

[3] Talvolta però il nostro codice, quando vuole dinotare la insussistenza dell'atto, adopera l'espressione *nullità assoluta*, *nullità radicale* od altre simili (art. 1310); quando invece vuole esprimere la semplice rescindibilità dell'atto, usa le parole *causa di nullità*, *azione di nullità* o *di rescissione*.

## § 31.

### Degli atti illeciti in generale e della colpa in particolare.[1]

Atti illeciti in generale. — Nella sfera del diritto privato si chiama atto illecito quell' azione od omissione imputabile con cui si lede il diritto altrui. Un atto può essere illecito per sè, indipendentemente da rapporto obbligatorio tra danneggiante e danneggiato, o in relazione ad uno speciale rapporto obbligatorio esistente fra i medesimi. Nel primo caso gli atti illeciti si chiamano delitti, e, inquantochè ledono diritti privati, chiamansi più propriamente *delicta privata.* Questi delitti privati formano una causa o fonte speciale di obbligazioni (*obligationes ex delicto*), di cui parleremo nel quarto libro. Nel secondo caso essi non producono che una modificazione del rapporto obbligatorio già esistente.

Ogni atto illecito suppone una lesione del diritto altrui, e che questa lesione sia imputabile all' autore della medesima. Questa imputabilità chiamasi colpa in lato senso della parola.

Della colpa. — La colpa in lato senso esiste ogniqualvolta taluno è imputabile della lesione del diritto altrui. La colpa in questa lata significazione comprende tanto il dolo che la colpa in senso stretto. Esiste *dolo* quando si commette un atto illecito, positivo o negativo, coll' intenzione di recar danno. Esiste *colpa in senso stretto*, quando, senza intenzione di ledere il diritto altrui, non si usa la debita diligenza per evitare quella lesione.

Varie specie di colpa in senso stretto. — La colpa, propriamente detta, si divide in colpa grave e colpa lieve. La colpa *grave* consiste in una negligenza eccessiva, vale a dire nel non comprendere quello che tutti dovrebbero comprendere;[2] evvi pure colpa grave, quando negli affari altrui non si usano tutte le cautele che si usano negli affari propri.[3] La colpa *lieve* esiste allorquando non si agisce con quella diligenza che dovrebbe avere un buon

---

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 84-86.

[2] Fr. 213, § 2 de V. S. (50, 16): " Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt. „

[3] Fr. 32 depositi 16, 3.

padre di famiglia, cioè un uomo vigile ed accurato.[1] Ciò che non è nemmeno colpa lieve è caso fortuito.

La colpa si divide inoltre in positiva (*culpa in faciendo*) e negativa (*culpa in non faciendo*), secondochè si commette con un fatto positivo o con una omissione.

La colpa si divide infine in colpa contrattuale ed in colpa estra-contrattuale. La colpa *contrattuale* nasce dall' omissione della diligenza voluta dal nesso obbligatorio in cui il colpevole si trova di fronte alla persona lesa. Per esempio: il depositario che non custodisce la cosa datagli in deposito commette una colpa contrattuale, perchè ha mancato all' obbligo che gli derivava dal contratto di deposito. La colpa *estracontrattuale* (*culpa legis Aquiliæ*) esiste allorquando si reca danno ad una persona, colla quale non si è legati da nessun vincolo obbligatorio, come, per esempio, quando taluno distrugge o guasta le cose altrui. La colpa estracontrattuale si conosce sotto il nome di colpa aquiliana, appunto perchè è la legge Aquilia che tratta del danno ingiustamente recato alle cose altrui. La colpa aquiliana ossia estracontrattuale è sempre una colpa positiva, *culpa in faciendo*, dappoichè l' uomo di fronte all' altro uomo non è giuridicamente tenuto a nessun atto positivo se non quando egli siasi volontariamente obbligato. La colpa contrattuale invece può essere anche negativa, dappoichè noi possiamo obbligarci benissimo anche ad un' omissione.

*Gradi della colpa.* — Per istabilire in tesi generale i gradi di responsabilità, conviene distinguere la colpa contrattuale dalla colpa estracontrattuale ossia aquiliana. Nei danneggiamenti che cadono sotto la sanzione della legge Aquilia non si ammettono gradi di colpabilità. Qualunque danneggiamento, provenga esso da semplice inavvertenza, da negligenza più o meno grave, o da dolo, rende responsabile l' autore del danno: « *In lege Aquilia et levissima culpa venit.* »[2]

La colpa contrattuale invece ammette gradi di responsabilità, secondo la diversità del rapporto obbligatorio in cui si trova il colpevole. In alcuni rapporti obbligatorî non si risponde che della colpa grave, in altri anche per la lieve. A tale riguardo si può statuire la seguente regola generale. Chi entra in un rapporto obbligatorio per ritrarne un vantaggio risponde anche per colpa

---

[1] Fr. 31 ad leg. Aq. (9, 2); fr. 13, § 1 e fr. 14 de pign. act. (13, 7).
[2] Fr. 44 ad leg. Aquil. (9, 2).

lieve; chi poi non ha di mira che il vantaggio dell'altra parte risponde soltanto della colpa grave.[1] Così, per esempio, il depositario e il comodante sono tenuti della colpa grave, ma non della lieve, appunto perchè il contratto è conchiuso ad esclusivo vantaggio dell'altra parte; in quella vece il depositante, il comodatario, il compratore, il venditore, il locatore, il conduttore sono tenuti anche della colpa lieve.

Vi sono dei casi nei quali si può sottrarsi alla responsabilità della colpa lieve, purchè si provi di avere usata quella diligenza che suolsi usare negli affari propri. Questi casi possono ridursi al seguente principio comune. Quando gli affari altrui non si possono ben separare dagli affari propri, non si risponde che della così detta diligenza in concreto. Così, per esempio, il marito nell'amministrazione dei beni dotali, il socio in quella dei beni della società, il tutore e il curatore nell'amministrazione delle sostanze dei pupilli e dei minori, non sono obbligati che alla diligenza *quam in rebus suis adhibere solent.*[2]

*Risarcimento del danno prodotto da colpa.* — Una conseguenza importantissima della colpa è l'obbligo di risarcire il danno da essa causato. Il danno può essere positivo (danno emergente) o negativo (lucro cessante), secondochè diminuisce effettivamente il patrimonio, o ne impedisce l'aumento. Il danno si distingue inoltre in *rei æstimatio* e in *id quod interest.* La *rei æstimatio* è il danno che è immediata conseguenza di un fatto; l'*id quod interest* è l'interesse indiretto, cioè l'interesse che ha il danneggiato a che non fosse accaduto ciò che è accaduto (*quanti eius interest hoc vel illud factum non esse*). Esso comprende quindi eziandio quel danno che non discende direttamente dal fatto colposo, ma colpisce il danneggiato solo per la coesistenza di altre circostanze che avrebbero potuto anche non esistere. Chi reca ad altri un danno per propria colpa, è responsabile tanto per l'*æstimatio* quanto per l'*id quod interest.*

---

[1] Un'eccezione a questa regola esiste pel mandatario, il quale sebbene abbia di mira solo l'interesse dell'altro contraente, risponde anche della colpa lieve. È poi inutile avvertire che del dolo si risponde sempre.

[2] Fr. 72 pro socio (17, 2); fr. 17 pr. de iure dot. (23, 3); fr. 1 pr. de tut. (27 3).

## CAPO V.

### ESERCIZIO E TUTELA DEI DIRITTI.

### § 32.

**Via di fatto e via di diritto.**

La legge, attribuendoci dei diritti, non ci concederebbe che dei vantaggi precarî ed illusorî, se nello stesso tempo non ci fornisse i mezzi necessari per conservarli e per difenderli. La via regolare per difendere i nostri diritti lesi o contestati è la via giuridica, cioè l'invocazione dell'autorità giudiziaria per ottenere la restituzione di ciò che ci venne tolto, o la riparazione del danno che ci fu causato, o le debite garantie contro danni futuri che ci minacciano. Ma nello stesso tempo che la pubblica autorità viene in soccorso di chi è leso nei suoi diritti, deve essere proibito ai privati di farsi giustizia da sè ricorrendo a vie di fatto. E questo è appunto il principio posto dal diritto romano e confermato dalle leggi moderne. [1] Le vie di fatto sono proibite in varie maniere. E prescindendo dalle pene criminali pronunciate dalla legge *Julia de vi publica aut privata* e dalle leggi penali, di cui non abbiamo ad occuparci nel presente corso di istituzioni civili, e limitandoci all' esposizione delle pene private, osserveremo che un decreto di Marco Aurelio dichiara decaduto dal suo diritto quel creditore, che, per pagarsi, si mette arbitrariamente in possesso delle cose appartenenti al suo debitore: [2] la quale decisione di Marco Aurelio ricevette poscia un'applicazione generale. [3] Un rescritto degli imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio estese il principio del decreto di Marco Aurelio anche ai diritti reali, disponendo che chi si mette arbitrariamente nel possesso di una cosa posseduta da altri, perde il suo diritto sulla cosa a favore dell'altro, e se non

---

[1] Fr. 176 pr. de reg. juris (50. 17): " non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri ne occasio sit maioris tumultus faciendi. " Veg. anche l'art. 35 del cod. di proc. civile del Regno.

[2] Fr. 13 quod metus c. (4. 2); fr. 7 ad l. Jul. de vi priv. (48. 7.). V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. §. 94.

[3] Fr. 12 § 2 quod met. causa IV, 2; nov. 52, cap. 1; nov. 134 cap. 7.

aveva diritto alcuno sulla cosa, deve restituirla e per di più pagarne il valore.[1]

Del resto se la legge punisce l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, essa permette però che si ricorra alla forza privata per difendere la propria persona contro gli attacchi ingiusti, purchè la difesa resti nei giusti limiti (*moderamen inculpatæ tutelæ*).[2]

In certi casi si ha il diritto di ritenzione, in virtù del quale possiamo ritenere la cosa altrui fino a che siamo stati soddisfatti di certi nostri crediti contro il proprietario della medesima; per esempio, per spese necessarie od utili, o per un danno che ci ha cagionato la cosa. Tuttavia perchè abbia luogo il diritto di ritenzione, si richiede che vi sia connessità tra il nostro credito e la cosa che vogliamo ritenere, e che il nostro potere su quella cosa non abbia incominciato in modo ingiusto.[3]

Prescindendo dalle accennate eccezioni resta fermo il principio che chi vuol far valere i suoi diritti contro le lesioni e contestazioni altrui, deve rivolgersi all' autorità giudiziaria dello Stato, la quale deciderà dell' esistenza del diritto contestato, e provvederà per l' esecuzione delle proprie sentenze. Questo è per lo appunto il compito dell' amministrazione della giustizia civile; ma perchè l' autorità giudiziaria intervenga nelle contese dei privati, è necessario proporre la propria domanda davanti l' autorità competente, la quale, di regola, non può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta affinchè questa possa opporre le sue eccezioni. Ciascuna delle parti deve poi provare i fatti contestati, sui quali appoggia la sua azione o le sue eccezioni, e da ultimo viene pronunciata la sentenza. L' esposizione di tutto questo procedimento forma l' oggetto di apposito insegnamento: ma siccome la contestabilità dei diritti e la possibilità di dover ricorrere all' autorità giudiziaria per farli valere, e il processo civile che ne risulta, hanno grandissima influenza sui diritti stessi, così la teoria del procedimento entra in qualche maniera nella trattazione del diritto civile. D' altro canto, siccome

---

[1] Const. 7 unde vi (8. 4). Queste disposizioni non sono state accolte dal Codice civile italiano, ma il Codice penale (art. 286) punisce colla pena del carcere chiunque con violenza verso le persone, ed al solo oggetto di esercitare un preteso diritto, costringe taluno a pagare un debito, o ad eseguire un' obbligazione qualunque, o turba l' altrui possesso.

[2] Fr. 16. §. 17 de vi (43. 16): " Vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur. „ Confr. const. 1 unde vi (8. 4).

[3] Fr. 14. § 1. comm. div. (10 3); fr. 8 pr. de pign. act. (13 7).

è impossibile intendere il diritto civile romano senza la conoscenza delle parti principali della procedura, è necessario che se ne espongano almeno le nozioni più indispensabili.

## § 33.

### Cenni preliminari sul processo civile romano

Il tratto più saliente e più caratteristico dell'organizzazione e dell'andamento della procedura civile dei Romani, dai primi tempi sino a Diocleziano, è la divisione delle funzioni giudiziarie fra il magistrato e il giudice. Per tal modo il processo si divideva in due stadî distinti e separati, l'uno davanti al magistrato (*in iure*), e l'altro davanti il giudice (*in iudicio*).

Il magistrato *ius dicit*, cioè determina anticipatamente le conseguenze giuridiche dei fatti allegati dalle parti contendenti; il giudice *iudicat*, cioè verifica i fatti addotti dalle parti, applica ai medesimi i principî indicati dal magistrato, e mette fine al litigio mediante sentenza. In altri termini il magistrato esamina la questione di diritto, il giudice decide la questione di fatto.

L'officio del giusdicente, ossia la giurisdizione apparteneva in modo particolare ai magistrati maggiori, cioè in Roma ai pretori, in Italia ai consolari e iuridici, e nelle provincie ai proconsoli e ai presidi.

L'officio di giudice spettava a un tribunale permanente, come quello dei decemviri o dei centumviri, o ad un collegio di giudici privati, od anche a singoli giudici privati nominati in ogni singolo caso dal magistrato giusdicente. Durante l'epoca imperiale, il tribunale dei centumviri non figurava che in casi eccezionali, e specialmente in alcune cause di eredità: di regola, se le parti non si accordavano nel chiedere la nomina di un giudice, questo veniva scelto dall' *album iudicum selectorum*. In alcuni casi che interessavano l'ordine pubblico fungevano da giudici i *recuperatores*.

Nelle cause in cui il giudice aveva una certa latitudine nel giudicare, come per esempio nei giudizi di buona fede, esso si designava più propriamente col nome di arbitro.

La procedura divisa nei due stadî di *ius* e *iudicium* porta il nome di *ordo iudiciorum privatorum*, appunto perchè l'officio di giudice non spettava ai magistrati, ma ai privati cittadini. Quella

separazione di *ius* e *iudicium* era la regola; vi erano però dei casi eccezionali in cui il magistrato, invece di nominare un giudice, esaminava e decideva egli medesimo, *extra ordinem*, d'onde il nome di *iudicium extraordinarium*, o di *extraordinaria cognitio*. Ai tempi di Diocleziano *l'ordo iudiciorum privatorum* scomparve, e tutti i giudizi diventarono straordinari nel senso ora indicato.

Noi tratteremo innanzi tutto del procedimento ordinario anteriore a Diocleziano *(ordo iudiciorum privatorum)*, e da ultimo indicheremo le modificazioni principali introdotte da Diocleziano e dai suoi successori. Nell'esposizione dell'*ordo iudiciorum privatorum*, premesse le nozioni generali sul modo di procedere davanti al magistrato (*in iure*) tratteremo separatamente della procedura delle *legis actiones* e del processo *per formulas*.

## § 34.

### Del procedimento in iure nel processo ordinario.

Il procedimento *in iure* non aveva altro scopo che la *ordinatio iudicii*, cioè la preparazione del giudizio, per lasciar poi l'esame delle circostanze di fatto e la decisione della causa al giudice. Le parti dovevano comparire in persona davanti al magistrato giusdicente, ed esporre oralmente le loro ragioni. Toccava naturalmente all'attore di far comparire l'avversario davanti al magistrato, e ciò chiamavasi *in ius vocare*. La *in ius vocatio* non richiedeva il ministero di un usciere, come lo richiede l'atto di citazione della procedura attuale, ma era un atto puramente privato. L'attore cioè intimava al suo avversario di seguirlo davanti al magistrato giusdicente, e nel caso di rifiuto lo poteva costringere colla forza, mediante la *manus iniectio*. Il convenuto non poteva sottrarsi alla immediata comparizione dinanzi al magistrato che presentando un'idonea persona che assumesse la garantia (*vindex*).

Appena arrivati davanti al magistrato, l'attore doveva esporre la sua domanda (*edere actionem*). Il convenuto poteva chiedere una proroga per dare la sua risposta, la quale gli veniva accordata dietro formale promessa, garantita da fideiussori (*vades*), di comparire nel giorno stabilito dal magistrato: la qual promessa chiamavasi *va-*

---

[1] Vedi la legge delle XII tavole, tav. I. — Più tardi il pretore sostituì alla *manus iniectio* una multa pecuniaria.

*dimonium.*[1] Alla *in ius vocatio* fu in seguito surrogata la *litis denunciatio*, cioè una formale notifica della dimanda per parte dell'attore al convenuto innanzi a testimoni.

Il procedimento *in iure* doveva condurre alla costituzione del giudizio, cioè dire, doveva presentare una base sufficiente per l'ulteriore esame della causa. A tale scopo era necessario che la domanda dell'attore e le eventuali difese del convenuto venissero ridotte ad una determinata forma esterna che servisse poi di guida al giudice nell'ulteriore esame della causa e nella decisione della lite. Questa forma esterna fu diversa nel periodo delle *legis actiones* e in quello della procedura *per formulas.*

## § 35.

### Delle legis actiones.

*Legis actio* è quel procedimento solenne tra due litiganti che ha luogo davanti ad un magistrato giusdicente, e per mezzo del quale, facendo uso di parole solenni od anche di gesti simbolici, si prepara il giudizio che dovrà ricevere l'ulteriore suo svolgimento davanti al giudice.

Le *legis actiones* procedevano con tale solennità di forme e con una precisione sì rigorosa che la minima inesattezza portava seco la perdita del processo.[2]

Le *legis actiones* erano del numero di cinque, ma tre soltanto risguardavano la procedura di cognizione, ed erano l'*actio sacramento*, la *iudicis postulatio*, e la *condictio;* le altre due, cioè la *manus iniectio* e la *pignoris capio*, appartenevano alla procedura di esecuzione.

Legis actio sacramento. — *Sacramentum* dicevasi la somma di denaro che i litiganti dovevano deporre nelle mani del pontefice (*in sacro deponebant*), colla determinazione che la somma del soccombente dovesse andare a profitto del tesoro pubblico. Più tardi

---

[1] Gai. IV, 184-187.

[2] Gai. IV, 11: " Actiones, quae in usu veteres habuerunt, Legis Actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditæ erant, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accomodatæ erant, *et ideo immutabiles atque leges observabantur:* unde cum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione *vites* nominaret, responsum est eum rem perdidisse, quia debuisset *arbores* nominare eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de *arboribus succisis* loqueretur. "

si sostituì al deposito effettivo della somma la semplice promessa fatta al magistrato giusdicente e garantita da fidejussori *(praedes)*. La *legis actio sacramento* aveva essenzialmente la forma e il carattere di una scommessa; cioè dire i litiganti si obbligavano collo scambio di parole solenni e sacramentali di perdere a favore dell' erario la somma (da essi depositata o promessa) qualora le rispettive loro asserzioni non fossero vere. A tale scopo, le parti che volevano agire *per sacramentum* dovevano esporre al magistrato, con parole chiare, precise e solenni, le loro pretensioni e provocarsi a vicenda al deposito od alla promessa del *sacramentum (provocatio sacramento)*.[1] Dopo questa reciproca provocazione le parti s' impegnavano vicendevolmente di presentarsi di lì a trenta giorni davanti al magistrato *ad iudicem capiendum*, cioè per ricevere il giudice incaricato di decidere quale dei due avesse fatto un deposito giusto ed avesse quindi a guadagnare la lite (*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*). Nominato il giudice, le parti s' intimavano di comparire il terzo giorno davanti al medesimo (*comprendinum diem denuntiabant*). E qui terminava il procedimento davanti al magistrato (*in iure*), e subentrava il secondo stadio, cioè il procedimento davanti al giudice (*in iudicio*). Questo procedimento *in iudicio* incominciava con una succinta esposizione che le parti dovevano fare al giudice di quanto era avvenuto davanti al magistrato (*brevis causæ collectio*), affinchè il giudice sapesse quale era veramente il punto della questione; poi seguivano le dispute ossia i dibattimenti, ed infine la sentenza, con cui il giudice giudicava quale dei due litiganti avesse guadagnato la scommessa (*sacramentum iustum*). Ma per decidere chi avesse guadagnato la scommessa, era necessario sapere chi avesse ragione e chi avesse torto, per cui la sentenza decideva indirettamente e implicitamente dell' esistenza o non esistenza del diritto accampato dall' attore. Per ottenere la condanna del soccombente (*iudicatus*) si richiedeva un ulteriore procedimento.

La *legis actio sacramento* era la forma generale per far valere in giudizio i propri diritti, e si applicava a tutti i casi pei quali

[1] Ecco un esempio. Aulo Agerio sostiene di essere creditore di dieci mila sesterzi verso Numerio Negidio, e questi lo nega. Il primo si rivolge all' altro con queste parole: “ *Aio te mihi decem millia æris dare oportere.* „ Se questi risponde di nulla dovere, Aulo Agerio dirà: “ *Quando negas, te sacramento quingenario provoco,* „ e Numerio Negidio risponderà alla sua volta: “ *Quando ais neque negas te sacramento quingenario provoco.* „ (Vedi Gai. IV, 13 e seguenti).

non erasi introdotta una *legis actio* speciale, cioè tanto nelle questioni di proprietà, come nelle questioni di stato e nelle azioni personali. Nelle questioni di proprietà, il magistrato, prima che la causa passasse al giudice, ordinava quale dei due litiganti dovesse, pendente il giudizio, avere il possesso provvisorio della cosa (*vindicias dicebat*). Per tal modo veniva determinato chi dei due dovesse sostenere le parti di attore, e chi dovesse sostenere quelle di convenuto.

Legis actio per iudicis arbitrive postulationem. — Questa *legis actio* formava, per così dire, il supplemento alla procedura *per sacramentum*. Fra *iudicis postulatio* e *sacramentum* passa, a un dipresso, la relazione che passa fra *arbitria* e *iudicia*. In altri termini, il *sacramentum* si applicava alle contestazioni, l'oggetto delle quali era completamente determinato, di maniera che la decisione del giudice si riduceva ad un *sì* o ad un *no;* la *postulatio iudicis vel arbitri* invece si applicava alle controversie complicate, la decisione delle quali richiedeva una certa latitudine di giudizio. Le parti, invece di essere rinviate davanti al tribunale dei centumviri, ottenevano un arbitro che aveva un potere d'apprezzamento molto più esteso, e che procedeva più secondo i principî dell'equità che del rigoroso diritto.

Legis actio per condictionem. — Questa fu introdotta dalla legge Silia pei crediti di una somma certa e determinata, ed estesa poi dalla legge Calpurnia a tutte le azioni personali *de omni certa re*. Il nome di *condictio* deriva da *condicere*, cioè dall' intimazione che l'attore faceva senz'altro al convenuto di comparire nel termine di trenta giorni davanti al magistrato *ad iudicem capiendum*. Il termine di *condictio* fu in seguito impiegato per designare ogni azione personale di stretto diritto. La procedura *per condictionem* era più sommaria delle precedenti, come richiedeva appunto la natura stessa della causa. E difatti, trattandosi di crediti di una somma determinata di danaro o di altra cosa precisa, era conveniente che la legge accordasse mezzi più pronti e meno complicati per far valere i propri diritti, il che si ottenne col permettere all'attore di citare senz'altro l'avversario a comparire davanti al magistrato *ad iudicem capiendum trigesima die*, risparmiandogli tutte le altre formalità richieste dalla *legis actio per sacramentum*.[1]

---

[1] Gai. IV, 18-20.

Le accennate *legis actiones* appartenevano tutte e tre alla procedura di cognizione. Ci resterebbe ora ad esaminare le altre due che appartenevano alla procedura di esecuzione, cioè la *manus iniectio* e la *pignoris capio.* La prima era un modo legale di esecuzione sulla persona, la seconda un modo di esecuzione sui beni del debitore. [1] Ne tratteremo più sotto, al § 43.

## § 36.

### Procedura formulare (per formulas).

Nozioni preliminari. — L'estrema sottigliezza delle *legis actiones*, il loro spinto formalismo, nonchè i pericoli, a cui esse esponevano le parti contendenti, le avevano rese odiose; per la qual cosa la legge Ebuzia e le due leggi Giulie le abolirono, ed introdussero in vece loro il processo *per formulas.* [2] Questo nuovo sistema di procedura ebbe una lunga durata, cioè per tutta l'epoca gloriosa della romana giurisprudenza, da Cicerone sino a Diocleziano. Gran parte delle opere dei giureconsulti classici stanno in tale relazione con quel procedimento, che senza la esatta conoscenza di questo riesce affatto impossibile lo studio e l'intelligenza di quelle: chi non ha un'idea chiara e netta della procedura formulare non può assolutamente comprendere i testi più importanti delle Pandette.

Il nome di procedura formulare deriva dalla *formula* che il magistrato giusdicente redigeva dietro l'esposizione e la domanda delle parti, affinchè servisse di guida e d'istruzione pel giudice incaricato dell'esame e della decisione della controversia. E questa è la prima differenza che passava fra il processo *per formulas* e quello delle *legis actiones.* Un'altra differenza della nuova procedura consisteva in ciò che le parti contendenti, invece di compiere certi atti solenni e simbolici, e pronunciare certe parole tipiche e sacramentali, esponevano in linguaggio volgare le loro domande e le loro ragioni al magistrato, il quale poi accordava o ricusava la formula, secondochè, supposte vere le allegazioni dell'attore, ne poteva o non ne poteva risultare la condanna del convenuto. Ecco l'esempio testuale di una formula: Aulo Agerio vende a Numerio Negidio uno schiavo al prezzo di dieci mila sesterzi. Non

---

[1] Gai. IV, 21. Veg. i miei *Elementi di Diritto romano*, § 85.

[2] Gai. IV, 30.

volendo N. Negidio pagare il prezzo di compra, A. Agerio cita N. Negidio dinanzi al pretore a cui espone la sua domanda. Il pretore, sentite le ragioni di Agerio e le eccezioni di Negidio, li rinvia al giudice Lucio Tizio colla seguente formula: « Lucio Tizio, tu sarai giudice. Negidio comprò da Agerio uno schiavo. Ora se dall'esame delle circostanze risulta che Negidio sia effettivamente debitore verso Agerio di dieci mila sesterzi, tu condannerai Negidio al pagamento di detta somma a favore di Agerio; che se la domanda di Agerio ti sembrasse infondata, assolverai Negidio dal pagamento. »[1] Come si vede, la formula è un giudizio ipotetico, col quale il pretore determina la questione che dovrà decidersi dal giudice al quale ei conferisce la facoltà di condannare o di assolvere, secondochè gli sembri dietro accurato esame delle circostanze, che detta questione debba risolversi in senso affermativo o in senso negativo.

Parti costitutive della formula. — Per semplice che sia la controversia, la domanda dell'attore dovrà necessariamente contenere: 1° l'esposizione del fatto che dà luogo alla causa, 2° la questione da decidersi, e 3° le conclusioni dell'attore. Così anche le formule del magistrato giusdicente constavano di tre parti, cioè della *demonstratio*, dell'*intentio* e della *condemnatio*.

*Demonstratio*. — La *demonstratio* è quella parte della formula che espone il fatto su cui l'attore fonda la sua domanda.[2]

*Intentio*. — L'*intentio* è quella parte della formula con la quale il magistrato riproduce la domanda dell'attore.[3]

*Condemnatio*. — La *condemnatio* è quella parte della formula, con cui il magistrato conferisce al giudice nominato la facoltà di condannare o di assolvere, secondochè la domanda dell'attore è fondata o meno.[4]

Nelle azioni divisorie si riscontra una quarta parte della formula, cioè l'*adiudicatio*. L'aggiudicazione è quella parte della formula, con cui il magistrato dà facoltà al giudice di assegnare

---

[1] Gai. IV, 40-43: Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit. Si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere, iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia condemna; si non paret absolve. „

[2] Gai. IV, 40: " Demonstratio est ea pars formulæ, quæ præcipue ideo inseritur, *ut demonstretur res de qua agitur*. „

[3] Gai. IV, 41: " Intentio est ea pars formulæ, qua actor *desiderium suum concludit*. „

[4] Gai. IV, 43: " Condemnatio est ea pars formulæ, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur. „

in esclusiva proprietà ad una delle parti ciò che era di proprietà comune fra le medesime.[1]

## § 37.

### Varie specie di formule e d'azioni.[2]

*Formula in ius concepta*; *formula in factum concepta.* — La formula è concepita *in ius*, quando la domanda dell'attore è fondata sul diritto civile, o, come dice Gaio, quando l'*intentio* della formula è *iuris civilis*, per esempio: *si paret rem Auli Agerii esse ex iure Quiritium.*[3] La formula è concepita *in factum*, quando la domanda non è fondata sul diritto civile, ma sul diritto onorario, nel qual caso il magistrato non poteva inserire nella formula una *intentio iuris civilis*, ma si limitava ad esporre il fatto, verificato il quale il giudice era autorizzato a condannare il convenuto, in base appunto a quel fatto. Per tal modo la formula *in factum concepta* non conteneva alcuna *intentio* esplicita ed espressa, ma soltanto una domanda indiretta, implicitamente contenuta nell'esposizione del fatto:[4] in breve, la intentio si trovava confusa colla demonstratio, ed il giudice non era chiamato a decidere una questione di diritto, ma semplicemente a ricercare la verità dei fatti allegati dall'attore, e decidere secondo equità.[5]

*Formula in personam*, *formula in rem.* — Questa distinzione si fonda sulla divisione delle azioni in personali e reali. L'azione *personale* è quella che un creditore intenta contro il suo debitore per conseguire il suo credito. Essa non può sperimentarsi che contro quella determinata persona che è obbligata, sia in forza di contratto, sia in forza di quasi contratto, sia per causa di delitto o quasi delitto, sia per disposizione immediata di legge. L'azione *reale* invece è quell'azione fondata sopra un diritto reale, con cui si domanda il riconoscimento di questo diritto contro chi attualmente si oppone al medesimo, e solo in via di conseguenza la

---

[1] Gai. IV, 42.

[2] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 96-100.

[3] Gai. IV, 45.

[4] Gai. IV, 46.

[5] Per esempio: se un figlio di famiglia avesse depositato un oggetto, e ne domandasse la restituzione, il pretore non avrebbe potuto accordargli una formula coll'*intentio iuris civilis* (poichè i figli di famiglia nulla possedevano in proprio e non potevano quindi intentare un'azione con una formola concepita in gius), ma semplicemente una formula coll'*intentio in factum concepta*.

sua condanna. Essa non compete soltanto verso una determinata persona, ma in genere contro tutti che saranno per ledere il nostro diritto. Le azioni reali sono accordate a garantia del diritto di proprietà e dei diritti reali frazionari quali sono le servitù, l'enfiteusi, la superficie e il diritto reale di pegno od ipoteca.

Ora secondochè l'azione è personale o reale, anche l'*intentio* della formula è concepita *in personam* o *in rem.* E difatti nelle azioni personali l'*intentio* deve contenere l'espressa indicazione della persona del convenuto, per esempio: « *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere.* » Nelle azioni reali invece l'*intentio* è senz'altro diretta alla cosa, senza bisogno di nominare il convenuto, per esempio: « *si paret hominem de quo agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse.* [1] »

*Formula certa*, *formula incerta.* — Dicesi *certa* la formula, quando nell'*intentio* è indicato un oggetto determinato e preciso, cioè o una cosa individualmente determinata od una precisa somma di danaro, per esempio: il fondo Corneliano, mille sesterzi; essa è *incerta*, quando l'*intentio* non determina l'oggetto con quella precisione ma lascia una certa latitudine al giudice di stabilire la quantità della somma a cui dovrà essere condannato il convenuto, per esempio: *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet.*

S'intende da sè che le formule concepite *in rem* erano tutte *certæ*, e che le *formalæ incertæ* non potevano verificarsi che nelle azioni personali. Anche queste però potevano essere *certæ,* quando la obbligazione importava il pagamento di una somma determinata o di un oggetto determinato.

*Formulæ vulgares*, *formulæ in factum.* — Le formule *volgari* erano quelle anticipatamente proposte nell'editto, perchè si riferivano a rapporti giuridici usuali e conosciuti già da tempo come per esempio quando si trattava di azioni risultanti da una compra-vendita o da altro contratto nominato. In siffatti casi il pretore aveva il suo formulario bello e preparato e non aveva che ad adattarlo al caso concreto, inserendovi i nomi delle parti e indicando l'oggetto. Le formule *in factum* invece erano quelle che si riferivano a contratti innominati o ad altri atti giuridici che richiedevano una descrizione particolareggiata dell'affare, e pei

[1] Un'eccezione esiste per l'*actio negatoria*, nella quale si nomina la persona del convenuto, sebbene quell'azione sia un'azione reale.

quali non esisteva quindi un formulario anticipatamente preparato, ma occorreva crearlo di nuovo con speciale riguardo al fatto concreto.

Secondochè la formula era *in rem* o *in personam*, *in ius* o *in factum concepta*, *vulgaris* o *in factum*, *certa* o *incerta*, anche le azioni chiamavansi personali o reali, concepite in gius o in fatto, volgari o di fatto, certe o incerte. Oltre a queste azioni, meritano di essere specialmente ricordate le azioni di buona fede e di stretto diritto, le dirette ed utili, e le azioni arbitrarie.

*Actiones bonæ fidei, stricti iuris.* — Questa divisione non risguarda che quelle azioni personali, con una formula concepita *in ius*, che derivano da contratti o da rapporti analoghi. Esse dicevansi azioni di buona fede, quando l'*intentio* della formula conteneva l'aggiunta *ex fide bona* od altra consimile, per cui il giudice era autorizzato *di determinare ex æquo et bono*, *quantum actori præstari debeat;* dicevansi invece di stretto diritto, quando l'*intentio* era diretta puramente e semplicemente ad un *dare* o *dare facere oportere* senza quella aggiunta. Nel primo caso il giudice era consigliato, nell'esame del fatto, di por mente non solo ai particolari nominatamente e specialmente indicati nella formula, ma eziandio a quelli che egli avrebbe scoperti nella disamina della questione e reputati ben atti a dare tutt'altro aspetto al fatto controverso. Specialmente gli era imposto il dovere, prima di condannare il convenuto, di ponderare, secondo giustizia ed equità, le scambievoli pretensioni dei contendenti, considerate qui come inseparabili, compensare le une colle altre, e pareggiare in modo le partite da ridurre od anche assorbire tutta la quantità della prestazione primitiva. Nel secondo caso invece, cioè nelle azioni di stretto diritto, il giudice doveva attenersi strettamente al tenore della formula, e decidere con un semplice *si* o *no*. Supposto, per esempio, che Aulo Augerio fosse creditore di *novantanove* sesterzi verso Numerio Negidio, ed avesse fatta la domanda di *cento;* l'assoluzione o la condanna del debitore sarebbe dipesa dalla natura della formula. Se l'*intentio* della formula era diretta ad un semplice *dare oportere* (SI PARET N^m^ N^m^ A° A° CENTUM DARE OPORTERE), il giudice avrebbe dovuto pronunciare l'assoluzione di Numerio, poichè questi non era debitore di *cento*, ma semplicemente di *novantanove*. Se, al contrario, l'*intentio* della formula era concepita in termini più liberi, come per esempio: « QUIDQUID N^m^ N^m^ A° A° DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, « il giudice avrebbe

condannato il convenuto a pagare, invece dei cento sesterzi che erano stati chiesti dall'attore, la quantità effettivamente dovuta, cioè sesterzi *novantanove.*[1]

*Azioni dirette ed utili.* — Le azioni *dirette* sono quelle limitate ai casi pei quali appunto erano state introdotte; le azioni *utili* invece sono quelle applicate a casi analoghi. Eccone un esempio. La legge Aquilia dà facoltà al proprietario di una cosa, che è stata ingiustamente danneggiata, di chiedere il risarcimento del danno mediante l'*actio legis Aquiliæ.* Quest'è un'azione diretta. Essa venne per analogia estesa a favore dell'usufruttuario, il quale può chiedere il risarcimento del danno ingiustamente recato alla cosa, di cui ha l'usufrutto, mediante l'*actio legis Aquiliæ utilis.* L'uso delle azioni utili è conforme all'indole dei Romani, i quali non erano inclinati alle rifusioni radicali delle loro leggi, ma si limitavano ad estendere per analogia le istituzioni esistenti, a misura che i bisogni dell'epoca facevano scoprire delle lacune nella vecchia legislazione. A tale scopo i pretori si servivano talvolta di finzioni che inserivano nella formula, e colle quali autorizzavano il giudice ad applicare una data disposizione di legge, benchè nel caso concreto mancasse qualche requisito, dandogli facoltà di giudicare come se il detto requisito effettivamente esistesse. Così, per esempio, se taluno possedeva in buona fede e con giusto titolo una cosa ma non ne era diventato proprietario per usucapione, perchè non era peranco decorso tutto il tempo dalla legge prescritto, e poi perdeva il possesso di quella cosa, egli non avrebbe avuto un'azione reale contro il terzo possessore. Il pretore Publicio introdusse per questo caso l'azione publiciana, che è un'*actio in rem utilis*, analoga a quella che ha il proprietario, e fondata sulla finzione dell'usucapione già compita.[2] Siffatte azioni utili, fondate sopra una finzione, si conoscono anche sotto il nome di *actiones fictitiæ.*[3]

---

[1] Gai. IV, 61-63, confr. con Cicerone pro Roscio c. 4. — Alle azioni di buona fede appartengono quelle risultanti dai contratti di compra-vendita, di locazione e conduzione, di mandato e gestione d'affari altrui senza mandato, di deposito, di società ec. Alle azioni di stretto diritto appartiene in modo speciale quella risultante dal contratto di mutuo (*condictio mutui*). Le azioni di stretto diritto si conoscono più propriamente sotto il nome di *condictiones,* il qual nome deriva dalla circostanza che anticamente la forma di procedere in quelle azioni era la *legis actio per condictionem.* (Vedi § 35).

[2] Vedi più sotto al libro II, capo 2. § 77.

[3] Un altro esempio di azione fittizia è quello esposto da Gaio IV, 34, e si riferisce *bonorum possessor* che agisce *come se fosse erede.*

*Actiones arbitrariæ.* — Bisogna guardarsi dal confondere questa specie di azioni colle azioni di buona fede. Una certa analogia si rivela nel fatto che anch'esse accordavano moltissimo al prudente arbitrio del giudice: anche in esse « *permittitur iudici ex bono et* » *æquo*, *secundum cuiusque rei*, *de qua actum est*, *naturam æsti-* » *mare*, *quemadmodum actori satisfieri oporteat* » Esse hanno però in primo luogo un campo molto più vasto, inquantochè non si limitano, come le *actiones bonæ fidei*, alle azioni personali, ma comprendono, oltre quelle,[1] le *actiones in rem* e tutte le azioni pretorie. La differenza caratteristica consiste poi in ciò che nelle azioni arbitrarie era dovere del giudice, prima di passare alla condanna, di aprire al convenuto (mercè una preliminare pronunciazione, *arbitrium*) la via di sfuggire alla condanna mediante un'altra prestazione, per esempio mediante la restituzione della cosa. Il che era specialmente importante là dove, come avveniva in alcune azioni, colla formale condanna collegavansi per legge molte conseguenze dannose pel condannato, per esempio l'infamia. Nel processo antico inoltre le azioni arbitrarie avevano una speciale importanza quando erano dirette alla restituzione di una cosa, dappoichè, in forza di una massima affatto particolare dell'antica procedura romana, la condanna era sempre ad una somma di denaro, e non mai alla restituzione di una cosa, il che poteva produrre gravi inconvenienti per l'attore, che per tal modo era costretto a ricevere una somma di danaro in luogo dell'oggetto reclamato. A tale inconveniente si ovviava per lo appunto col premettere alla condanna il consiglio di restituire la cosa in natura. Se il convenuto si conformava a questa ingiunzione del giudice (*arbitratus*) egli veniva assolto; in caso contrario (*nisi restituat*, *nisi exhibeat*, *nisi solvat*) si procedeva alla condanna,[2] l'ammontare della quale era di regola molto superiore al valore effettivo della cosa, poichè in tal caso l'attore poteva essere ammesso a determinarlo egli stesso mediante giuramento estimatorio.[3]

---

[1] Non tutte però, ma soltanto quelle che si riferiscono alla restituzione od esibizione di un oggetto.

[2] Gai. IV. 163, Inst. IV, 6, § 31, Cic. in Verr. II, 2 c. 12.

[3] Altre distinzioni delle azioni sono quelle in *actiones simplices*, *duplices; actiones quibus rem persequimur*, *pœnales*, *mixtæ*, *vindictam spirantes* (Gai. IV, 6-9, Inst. IV, 6 e 16-19); *actiones privatæ populares* (Dig. XLVII, 23); *actiones perpetuæ*, *temporales* (Gai. IV, 110 segg. Inst. IV, 12).

## § 38.

### Parti straordinarie della formula — Eccezioni. [1]

Se il convenuto si limitava a negare le asserzioni, su cui l'attore fondava la sua domanda, non era necessario fare alcuna aggiunta alla formula. E difatti se quelle asserzioni non venivano provate, il giudice era incaricato di assolvere il convenuto, sia che l'attore non avesse mai acquistato il diritto accampato, sia che lo avesse perduto. Ma se il convenuto riconosceva bensì come fondata in generale la domanda, ma invocava, alla sua volta, certe nuove circostanze, certi fatti, i quali se veri, erano tali da rendere in tutto o in parte inefficace l'azione, ancorchè giuridicamente fondata, e da garantirlo dalla condanna, si rendeva necessario fare un' aggiunta alla formula, colla quale si avvertiva il giudice di non condannare il convenuto, se non quando venisse a mancare la prova dei fatti da lui addotti contro la domanda dell' attore. Questa aggiunta chiamasi *exceptio*. Ecco un esempio: Aulo Agerio chiede il pagamento di cento sesterzi da Numerio Negidio a titolo di locazione. Numerio Negidio non nega di essere debitore di quei cento sesterzi, ma oppone che Aulo Agerio gli promise con apposito patto di non chiedere quel pagamento che di lì a due anni, i quali non sono peranco trascorsi. In tal caso il pretore avrà aggiunto al « *si paret N. N. centum dare oportere* » l' eccezione opposta da Numerio Negidio « *si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur.* » [2] Se dall' esame delle circostanze risultava la verità del fatto addotto dal convenuto, è naturale che la domanda dell' attore doveva venire respinta. [3]

L' attore poteva alla sua volta opporre nuovi fatti a quelli addotti dal convenuto, e se questi erano tali che, provata la loro esistenza, escludevano l' eccezione del convenuto, si faceva all' eccezione una nuova aggiunta che chiamavasi *replicatio*. Alla *replicatio*

---

[1] V. Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* I. § 101-103.

[2] Gai. IV, 119.

[3] Nelle azioni di buona fede non era necessario inserire specificatamente nella formula le eccezioni dirette ad escludere la buona fede dell' attore. Simili eccezioni erano sottintese, ed il giudice era obbligato a tenerne conto in quella specie di azioni. Ciò esprimono i Romani colle parole: *bonæ fidei iudiciis exceptio inest.*

dell' attore il convenuto poteva opporre una *duplicatio*, alla quale opporsi una *triplicatio* e così di seguito. [1]

Una specie importante di eccezioni erano le *præscriptiones*, così chiamate perchè, invece di collocarsi dopo l' *intentio* come le altre eccezioni, si scrivevano in capo alla formola. [2] Esse erano una specie di preambolo, con cui il magistrato avvertiva il giudice di esaminare innanzi tutto la *præscriptio*. Di regola le *præscriptiones*, inserite nella formula a favore del convenuto, erano di natura pregiudiziale, come per esempio la eccezione del decorso del tempo (*exceptio* o *præscriptio temporis*), la quale si intestava alla formula, appunto perchè, se effettivamente risultava che l' attore avesse lasciato passare il tempo utile per far valere la sua azione, era affatto inutile entrare nell' esame ulteriore della causa.

Col volgere degli anni cadde l' uso di mettere le *præscriptiones* in capo alla formula, e si inserirono anch'esse nella formula dopo l' *intentio*, al pari di tutte le altre eccezioni, per cui avrebbe dovuto cessare anche la denominazione speciale. Vi erano però alcune *præscriptiones* che più delle altre richiamavano l' attenzione, e queste conservarono il loro nome speciale anche dopo che era scomparsa ogni differenza dalle altre eccezioni. La più importante di esse è la *præscriptio temporis*, chiamata per antonomasia prescrizione senz' altra aggiunta. [3]

## § 39.

### Della contestazione della lite.

NOZIONE. — La contestazione della lite costituisce l'atto finale del procedimento *in iure*. Nell' antica procedura *per legis actiones* la contestazione di lite consisteva in una solenne invocazione di testimoni, i quali potevano, all' evenienza, deporre su ciò che era avvenuto davanti al magistrato. [4] Coll' introduzione della procedura *per formulas* si rese inutile l' invocazione di testimoni che deponessero davanti al giudice sul dibattimento orale che aveva avuto luogo davanti al magistrato, poichè tutto era determinato nell' istruzione scritta, *formula*, che il magistrato rimetteva al giu-

---

[1] Fr. 2, § 1 de exc. (44-1); pr. § 3 Instit. de repl. IV, 14.

[2] Gai. IV, 132.

[3] Vedi più sotto al § 45. Cf. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* I. § 106-111.

[4] Festus s. v. *Contestari*. Cf. ARNDTS-SERAFINI, l. c. § 113.

dice incaricato della decisione della lite. Può darsi che l'uso di invocare i testimoni abbia durato anche nel periodo della procedura formulare, come ricordo simbolico di quanto si praticava nel periodo delle *legis actiones*; ad ogni modo il nome di *litis contestatio* si è conservato anche dopo che la invocazione dei testimoni non si usava più nemmeno come semplice formalità, ed è conservato anche nella procedura moderna. Nel periodo delle formule l'espressione « *litis contestatio* » non designa più l'invocazione dei testimoni, ma l'epoca corrispondente a quella in cui, nel sistema processuale precedente, aveva effettivamente luogo quella solenne invocazione. Si può dire adunque che la *litis contestatio*, nel periodo delle formule, è il momento di separazione fra il procedimento *in iure* e il procedimento *in iudicio*. Essa coincide colla concezione della formula, ed è destinata a fissare definitivamente l'oggetto del litigio. Da questo momento in poi l'*iudicium* è *acceptum*, e fra le parti contendenti esiste un rapporto quasi contrattuale che le obbliga a sottomettersi alla decisione del giudice.

Effetti della contestazione di lite nel periodo delle legis actiones e delle formule. — L'effetto più importante della contestazione di lite è la specie di novazione che essa opera nel diritto dei contendenti. Il rapporto quasi contrattuale, in virtù del quale le parti sono obbligate di subire l'*iudicium*, distrugge il rapporto giuridico che esisteva precedentemente fra le medesime, nel senso, che l'attore non può più fondarsi sull'antico rapporto giuridico per agire una seconda volta contro il convenuto; in altri termini, l'azione una volta portata *in iudicium* resta consumata mediante la contestazione di lite e non può esser esercitata di nuovo (*actio consumitur; bis de eadem re agi non potest*). Un'altra conseguenza importantissima della contestazione di lite è che essa determina stabilmente il campo della questione e forma la base della sentenza del giudice.[1]

## § 40.

### Della procedura in iudicio.

La procedura *in iudicio* ha per iscopo di mettere il giudice in stato di pronunciare la sentenza, la quale sarà di condanna o di assoluzione, secondochè il giudice è legalmente convinto o no

[1] Gai. III, 180 e seguenti; IV, 98, 106, 107, Cf. Arndts-Serafini l. c. §. 113.

dell'esistenza di certi determinati fatti, su cui si fondano le pretensioni delle parti. Epperò è obbligo delle parti di procacciare al giudice siffatta convinzione, fornendogli le prove delle rispettive asserzioni, dappoichè ciò che non viene provato non esiste legalmente pel giudice, il quale non può tenere alcun conto delle gratuite asserzioni addotte dall'una e impugnate dall'altra parte. È quindi assai importante per l'esito di una causa il sapere a quale delle due parti incomba l'onere della prova, e quali sieno i mezzi di prova.

Carico della prova *(onus probandi)*. — Egli è un principio generale che quella delle parti, attore o convenuto, che allega una data circostanza per dedurne un diritto, o qualsivoglia conseguenza utile per sè deve provarla. Così l'attore deve provare i fatti che servono di fondamento alla sua azione, e il convenuto deve provare quelli su cui fonda le sue eccezioni. [1] Se, per esempio, Aulo Agerio pretende cento lire da Numerio Negidio che dice essergli dovute a titolo di compra o per altra causa qualunque, deve provare questa sua asserzione. Se poi Numerio Negidio sostiene che il credito avversario è estinto per compensazione, od oppone altre simili eccezioni, deve alla sua volta dare la prova del fondamento delle medesime.

Nondimeno la prova dei fatti addotti dalle parti non è necessaria, quando essi non sono controversi, ma confermati dall'avversario, o quando sono di tal natura da non avere bisogno di una prova speciale. Quest'ultima ipotesi si verifica in quei fatti che sono presunti dalla legge, in guisa che si ritengono per veri e provati sino a che l'avversario non ha provato il contrario *(præsumptiones iuris)*. [2]

Mezzi di prova. — I principali mezzi di prova sono i testimoni, i documenti e il giuramento.

*Prova testimoniale.* — I testimoni erano designati dalle parti, dovevano fare le loro deposizioni oralmente e pubblicamente all'udienza, e potevano essere interpellati dalle parti e dagli avvocati delle medesime. Non vi era una regola che determinasse in

---

[1] Fr. 2, fr. 19, § 1 e 3 e fr. 21 e 25 pr. de probat. (22. 3); c. 4 de edendo (2. 1); e 23 de probat. (4. 19).

[2] Così, per esempio, presume la legge che il figlio nato fra il sesto e il decimo mese del matrimonio sia legittimo. Chi si fonda su tale presunzione di legge, è dispensato dalla prova, e tocca a chi impugna di provare il contrario. — Talvolta la prova del contrario è vietata, ed allora si parla di *præsumptiones iuris et de iure*.

modo formale il grado di credibilità delle deposizioni testimoniali, ma era principio generale che il giudice, anzichè contare le testimonianze, dovesse pesarle e decidere secondo l'impressione che gliene era rimasta. La massima *testis unus testis nullus* non era che un consiglio fino a che l'imperatore Costantino la convertì in disposizione imperativa. [1]

*Prova per iscritto.* — La prova per iscritto risulta da documento pubblico o da scrittura privata. Le scritture private non provano che contro quella persona da cui emana lo scritto; i documenti pubblici invece fanno prova contro chiunque.

*Prova per giuramento.* — La parte può, in prova dei fatti da essa allegati, rimettersi alla coscienza dell'altra parte, deferendole il giuramento sulla verità di quei fatti (giuramento decisorio). Quegli a cui è deferito il giuramento, se ricusa di prestarlo o non lo riferisce all'avversario, soccombe nella domanda, o nell'eccezione, e parimenti soccombe l'avversario se ricusa di prestare il giuramento che gli fu riferito. [2]

Se i fatti addotti da una delle parti non sono pienamente provati, il giudice può imporne ad una delle parti il giuramento per completare la prova (giuramento suppletorio). [3]

Talvolta si permette all'attore di determinare con giuramento la quantità del danno da prestarsi dall'avversario (giuramento estimatorio). [4]

## § 41.

### Sentenza ed altri mezzi di terminare le liti.

Il procedimento *in iudicio* si termina di regola mediante la sentenza. Con essa il giudice, secondo l'alternativa posta nella formula, condanna o assolve il convenuto. [5]

---

[1] Il Codice civile patrio non ammette la prova testimoniale di una *convenzione* sopra un oggetto, il cui valore eccede le lire cinquecento, a meno che non esista un principio di prova per iscritto, o non sia stato possibile al creditore di procurarsi una prova scritta dell'obbligazione contratta verso di lui, od egli abbia perduto il documento per caso fortuito impreveduto o per forza maggiore o si tratti di materia commerciale (art. 1341, 1347 e 1348).

[2] Fr. 2. 3. pr. de iurej. (12, 2); Cod. civ. art. 1367.

[3] Fr. 1. 31 loc. cit. c. 3, 12 (4, 1); Cod. civ. art. 1374.

[4] Fr. 2. § 1 e fr. 5, pr. § 1-6 loc. cit. (Vedi più sopra § 37 pag. 118).

[5] Nelle azioni pregiudiziali (mediante cui l'attore non domanda la condanna dell'avversario, ma semplicemente la verificazione giudiziale di una qualità o di un fatto) il giudice, invece di dare una sentenza di assoluzione o di condanna, riconosce il diritto dell'at-

Colla prolazione della sentenza cessa ogni potere del giudice; la cosa dedotta in giudicio diventa cosa giudicata (*res iudicata)*, la quale crea un diritto formale tra le parti *(res iudicata pro veritate habetur)*. Se la sentenza è di assoluzione, il convenuto ha l'eccezione della cosa giudicata, per mezzo della quale può respingere qualsiasi pretesa che l'attore volesse in seguito far valere in base al rapporto giuridico stato ormai giudicato; se invece è di condanna, questa procura all'attore l'*actio iudicati*, mediante la quale egli può domandare l'esecuzione della sentenza.[1]

Nel diritto nuovo però, introdottasi l'appellazione, la sentenza non produce gli effetti della cosa giudicata, se non quando è diventata inappellabile.

Da non confondersi colla sentenza propriamente detta, che terminava il litigio (sentenza definitiva), sono le decisioni che il giudice poteva rendere nel corso del procedimento per preparare la sentenza (*interlocutiones*, *iussus*, *mandata)*.

Nell'epoca processuale di cui parliamo, le liti potevano essere terminate, oltrechè colla sentenza, anche colla *confessio in iure*, la quale aveva forza pari alla sentenza. Il convenuto che confessa davanti al magistrato *(in iure)* il fondamento della domanda dell'attore si condanna da sè, e non occorre più una sentenza.[2] Abolito l'*ordo iudiciorum privatorum*, scomparve necessariamente anche la *confessio in iure*. La confessione davanti al giudice dispensa bensì dalla prova, ma non dalla sentenza. Altri mezzi straordinari di terminare una lite sono la rinuncia e la perenzione d'istanza.

## § 42.

### Extraordinaria cognitio e interdicta.[3]

Durante il periodo delle *legis actiones* e della procedura *per formulas* avveniva talvolta che il magistrato, invece di rinviare la causa ad un giudice, la ritenesse per sè, e pronunciasse egli

---

tore mediante una *pronunciatio*, che di regola precorre un processo regolare donde il nome di *præiudicium*, *formula præiudicialis*, *actio præiudicialis* (Gai. IV, 44). Anche nelle *actiones arbitrariæ in rem*, la sentenza poteva essere preceduta da una *pronunciatio* cioè dall'*arbitratus iudicis* (Veg. più sopra § 37 a pag. 118).

[1] Vegg. più sotto al § 43.

[2] Fr. 1 de conf. (42, 2): " Confessus pro iudicato est, quia quodammodo sua sententia damnatur. "

[3] Vedi l'importante memoria di Bellavite nell'*Archivio giuridico* III, 234.

medesimo sul merito della questione (*extra ordinem*). La domanda chiamavasi allora *persecutio*, e la decisione del magistrato aveva il nome di *decretum*.

I casi in cui il magistrato pronunciava egli stesso, *extra ordinem*, si riferivano più specialmente agli atti di giurisdizione volontaria, e persino ad alcune materie di giurisdizione contenziosa, come i fidecommessi, le restituzioni in intiero ed altre simili.

Il magistrato pronunciava in origine *extra ordinem*, con un decreto, anche in quei casi, pei quali posteriormente venne introdotta la procedura speciale degli interdetti.

Esistevano cioè presso gli antichi Romani alcuni rapporti e interessi, i quali, sebbene in sè molto importanti, non erano però garantiti e muniti d'azione dall'*ius civile*. Fra questi rapporti figurano in prima linea il possesso e l'uso delle cose pubbliche. In questi ed altri simili casi, i privati sarebbero stati costretti per mancanza di un rimedio legale, di ricorrere alla forza privata per difendersi contro chi li turbasse nel loro possesso o nell'uso delle cose pubbliche, se il pretore non avesse interposto la sua autorità, pronunciando in virtù del suo *imperium* con un decreto.

Senonchè, moltiplicandosi sempre più gli affari, il pretore non potè, a lungo andare, prendere egli medesimo cognizione della causa. D'altro canto, non esistendo azione civile per quei casi, non poteva il pretore rimettere senz'altro le parti ad un *iudex*, senza offendere la massima inveterata che *prætor ius facere non potest*. Bisognava quindi trovare un espediente, per adattare il diritto alle pratiche necessità, e fu il seguente:

Il pretore, invece di decidere egli stesso *extra ordinem* con un decreto, il che lo avrebbe costretto a perdere molto tempo nell'esame del caso, s'inframmetteva tosto fra le parti contendenti, alla prima comparsa, con un ordine, chiamato *interdictum* (da *inter* duos *dictum*), col quale intimava senz'altro alle parti stesse o ad una di esse di astenersi da qualche atto, o di restituire od esibire qualche oggetto (*interdicta prohibitoria*, *exhibitoria*, *restitutoria*). L'interdetto era un precetto ipotetico e condizionato, con cui il pretore intimava alla parte di ubbidire all'ordine ricevuto semprechè fossero vere le condizioni o circostanze che avevano indotto il pretore ad emanare il precetto stesso. Per tal modo la parte, a cui era indirizzato l'interdetto, veniva eccitata a riflettere se effettivamente sussistessero le condizioni, su cui fondavasi l'interdetto, e se quindi dovesse ubbidirvi. Se essa ubbidiva, tutto

era finito; che se non ubbidiva, e poi risultava che le condizioni, sotto le quali l'interdetto era stato emanato, erano vere, essa si rendeva colpevole di disubbidienza agli ordini del magistrato, e per tal modo era risponsabile di fronte all'avversario.

Per sapere poi se effettivamente sussistessero le condizioni su cui fondavasi l'interdetto, la parte che lo aveva impetrato faceva citare l'avversario davanti al pretore il quale colla minaccia di una multa lo costringeva ad una *sponsio pœnalis,* a promettere cioè una somma pecuniaria pel caso che si riscontrassero vere le condizioni dell'interdetto a cui non aveva ubbidito. Altrettanto prometteva il provocante pel caso contrario *(restipulatio).* Da tale *sponsio* e *restipulatio* nascevano obbligazioni civilmente riconosciute, e le parti potevano quindi domandare la somma per mezzo di una *legis actio.*

Introdotta la procedura formulare, il pretore avrebbe potuto giovarsi della facoltà importantissima di accordare l'azione, che per quella procedura gli spettava, e, senza battere la via indiretta dell'interdetto e delle doppie *stipulationes*, ordinare un *iudicium* nei casi non contemplati dall'*ius civile;* ma ciò ripugnava al genio romano, avverso alle innovazioni repentine, e il pretore si restrinse, per alcun tempo, ad accordare azioni nuove soltanto in quei casi, pei quali poteva rinvenire delle forti analogie nell'*ius civile.* Questa circostanza da un canto, e d'altro canto il vantaggio derivante dalla *sponsio pœnalis* di indurre la parte di mala fede a riflettere per due volte alle conseguenze dannose della sua disubbidienza, fecero sì che la procedura degli interdetti si mantenesse per alcun tempo incolume anche durante la procedura formulare. Ma quando più tardi il pretore allargò l'esercizio della sua autorità, introducendo innovazioni indipendenti dall'*ius civile*, anche la procedura degli interdetti subì delle modificazioni. Da prima scomparve la seconda stipulazione *(restipulatio)*, e negli interdetti esibitorî e restitutorî si diede facoltà al convenuto di evitare la *sponsio* chiedendo la dazione di un arbitro, il quale veniva autorizzato, con una *formula arbitraria in factum concepta*, di investigare, se, giusta i principî contenuti nell'interdetto, incombesse al convenuto di esibire o di restituire l'oggetto, nel qual caso gli ordinava la restituzione, e se non ubbidiva lo condannava a tutti i danni *(quanti actoris interest).*[1] Più tardi cad-

[1] Vedi più sopra, § 37, pag. 118.

dero le *sponsiones* anche negli interdetti proibitorî. Cessate le *sponsiones pœnales*, gli interdetti perdettero il carattere proprio e si accostarono alla procedura ordinaria.

## § 43.

### Procedura di esecuzione.

I modi di esecuzione del diritto civile dei Romani erano la *manus iniectio* e la *pignoris capio;* il diritto pretorio introdusse la *bonorum venditio*, la quale ebbe poi a subire delle modificazioni o almeno dei temperamenti mediante la *cessio bonorum* e la *bonorum distractio.*

*Manus iniectio.* — La *manus iniectio* era un modo legale di esecuzione sulla persona del debitore, e richiedeva un credito fondato sopra una sentenza, o sopra la confessione *in iure*, che era equiparata alla sentenza. Se il debitore non eseguiva la sentenza entro lo spazio di trenta giorni, il creditore lo poteva prendere pel corpo *(manum iniiciebat)*, condurlo davanti al magistrato e giustificato il suo procedere chiederne l'aggiudicazione *(addictio).* Il debitore, sospetto pel suo rifiuto di adempire alle sue obbligazioni, non aveva più il diritto di difendersi da se medesimo, e non poteva contestare la domanda avversaria che mediante una terza persona che garantisse per tutti gli effetti del processo *(vindex).* In mancanza di un vindice il debitore veniva aggiudicato al creditore che lo poteva condurre a casa propria, tenerlo prigione e venderlo nel caso che non pagasse il suo debito entro il termine di sessanta giorni. In seguito questa esecuzione personale subì dei temperamenti. Il debitore poteva bensì essere condotto prigioniero a casa del creditore, e doveva servire sino alla totale estinzione del suo debito, come se fosse schiavo, ma non poteva essere venduto: e soddisfatto il suo debito ricuperava la piena libertà.

*Pignoris capio.* — Questa era un modo di esecuzione sui beni del debitore, il quale non poteva ricuperare i suoi beni se non dava piena soddisfazione al suo creditore. La *pignoris capio* non poteva aver luogo che in alcuni pochi casi determinati dalla legge o dalla consuetudine.[1]

---

[1] Gai. IV, 21, 26, 27, 28 e 29.

*Bonorum venditio.* — Il diritto pretorio conservò l'esecuzione personale, ma introdusse a canto della medesima la *bonorum venditio* che è un modo di esecuzione sui beni dei debitori molto simile alle nostre leggi sul fallimento. Il creditore che aveva ottenuto la condanna del suo debitore si dirigeva al magistrato, che, verificata la domanda, lo autorizzava con un decreto ad immettersi nel possesso di tutti i beni del debitore, i quali venivano poi venduti, sotto l'osservanza di certe forme. Si pubblicavano gli avvisi di vendita nei luoghi più frequentati della città, e dopo un termine che variava a seconda dei casi, venivano convocati tutti i creditori per la nomina di un sindaco incaricato della vendita. Trascorso un termine uguale al primo dacchè il sindaco aveva descritto lo stato dei beni e dei creditori, i beni venivano aggiudicati in massa al maggiore offerente (*bonorum emtor*), il quale ne acquistava la proprietà a titolo universale. I creditori si rivolgevano poi contro di lui per esser pagati dei loro crediti sino alla concorrenza del prezzo di acquisto. Quelli che avevano un diritto di ipoteca sui beni del debitore potevano chiedere la cosa ipotecata salvo il diritto al *bonorum emtor* di ritenerla pagando integralmente il loro credito.

*Cessio bonorum.* — Il beneficio della cessione dei beni venne introdotto mediante una legge Giulia, e consiste in ciò che un debitore insolvente, che non fosse in colpa, poteva evitare la infamia che andava congiunta colla *venditio bonorum*, e procurarsi il beneficio di competenza,[1] abbandonando volontariamente tutto il suo patrimonio ai suoi creditori. — La *bonorum distractio* era una vendita in dettaglio dei beni del debitore, la quale produceva conseguenze meno dannose della vendita in massa (*bonorum venditio*).

## § 44.

### Abolizione dell' ordo iudiciorum privatorum,

Come si è già avvertito altrove,[2] anche nei due periodi delle *legis actiones* e del processo formulare accadeva talvolta che il pretore riunisse le due funzioni di magistrato e di giudice; ma questi erano casi rari ed eccezionali, e per ciò dicevasi che il

---

[1] In base a questo beneficio di competenza, il debitore conservava quanto gli era necessario per vivere.

[2] Vedi § 33, pag. 108 e § 42, pag. 124 e 125.

magistrato pronunciava *extra ordinem*, d'onde il nome di *iudicia extraordinaria*. Queste procedure eccezionali si moltiplicarono talmente sotto gli imperatori che Giuliano e Callistrato lasciarono scritto che ai loro tempi dipendeva, per così dire, dai magistrati di rinviare la causa al giudice o di decidere eglino stessi.[1] Infine noi vediamo stabilirsi come regola quello che dapprima non era che eccezione. Difatti l'imperatore Diocleziano, mediante una costituzione dell'anno 294, ingiunse ai presidi delle provincie di non rimandare al giudice che quei litigi che erano di poca importanza, o che le loro occupazioni non permettevano di esaminare essi medesimi.[2] Alla costituzione di Diocleziano susseguirono alcune altre leggi imperiali che fecero scomparire ogni traccia dell'*ordo iudiciorum privatorum*;[3] e così Giustiniano potè dire nelle sue Istituzioni che i giudizi sono ormai tutti *iudicia extraordinaria.*[4]

Codesto cambiamento portò seco importanti modificazioni anche nell'andamento della procedura. E per vero, secondo il sistema antico, l'attore citava l'avversario davanti al pretore mediante l'*in ius vocatio* e là esponeva la sua domanda (*actionem edebat*): al reo convenuto si accordava un termine per preparare i suoi mezzi di difesa, purchè promettesse di comparire entro un dato giorno (*vadimonium*). Ma già ai tempi di Marco Aurelio la *in ius vocatio*, l'*editio actionis*, il *vadimonium* e la duplice comparizione, che rendevano troppo lenta la procedura, si potevano evitare mediante la *denunciatio actionis*. La quale consisteva in ciò che l'attore faceva conoscere al suo avversario la domanda che intendeva far valere, e conveniva con lui del giorno della comparizione. Questa denunzia dell'azione divenne col tempo il sistema ordinario. Sino a Costantino essa era un atto puramente privato; quest'imperatore ne fece un atto pubblico, ordinando che la citazione venisse verificata mediante processo verbale da un ufficiale pubblico.[5] La denunzia venne alla sua volta surrogata da un semplice atto scritto (*libellus conventionis*) che si faceva notificare a mezzo di un usciere, come si usa anche oggidì. Questo libello di convenzione o atto di citazione conteneva un'esposizione sommaria del fatto, della domanda e dei mezzi di prova. Il reo convenuto,

---

[1] Fr. 8 e 9 de officio præsidis I, 18.
[2] Const. 2 de pedaneis iudicibus III, 3.
[3] Const. 3, 4 e 5 loc. cit; e tit. Cod. de form. II, 58.
[4] § 8 de interdictis IV, 15.
[5] Const. 2, Cod. Theod. de denunt. II, 14.

cui veniva intimato il libello, doveva rimettere all'usciere la ricevuta dell'atto di citazione, e dare cauzione di comparire in tribunale (*cautio in iudicio sisti*), e qualora non potesse fornire detta cauzione, veniva posto sotto custodia dell'usciere, o tenuto in prigione sino al giorno della comparizione. Nel giorno fissato le parti comparivano davanti al magistrato: questi esaminava l'ammissibilità dell'azione, poi sentiva le deposizioni dei testimoni e le discussioni delle parti, e in fine pronunciava la sentenza.

L'antica contestazione di lite, che nel sistema delle *legis actiones* era un'invocazione solenne dei testimoni, e nel processo formulare costituiva il punto di separazione fra *ius* e *iudicium*, non poteva naturalmente aver più luogo, perchè più non esistevano i due stadî di procedura *(ius* e *iudicium)*; pur tuttavia si conservò il nome all'atto destinato a fissare le rispettive pretensioni delle parti.

Anche l'istituto dell'appellazione ricevette in questo periodo il suo regolare sviluppo.

Il mezzo ordinario di esecuzione delle sentenze passate in giudicato è la *pignoris capio*. L'antica immissione nel possesso dei beni del debitore *(missio in bona)* non ha più luogo se non in casi affatto eccezionali, cioè quando il debitore si è lasciato condannare in contumacia, e quando egli è in istato di fallimento. L'esecuzione personale non si ammette se non quando l'esecuzione reale è rimasta senza effetto.

## § 45.

### Estinzione delle azioni.

Le azioni si estinguono per morte di una delle parti, per prescrizione e per concorrenza di più azioni.

*Morte.* — Per regola generale la morte di una o l'altra delle parti non estingue l'azione, dappoichè *actiones heredi et in heredem competunt.*[1] Tuttavia non passano agli eredi le azioni d'ingiuria e le azioni popolari; così, morendo l'attore, non passano agli eredi le *actiones vindictam spirantes*, e morendo il convenuto non si trasmettono agli eredi le azioni procedenti da delitto, quando tendono ad una pena, ed anche quando tendono al risarcimento di danni non passano all'erede se non in quanto l'erede si è arricchito.

---

[1] Inst. IV, 12.

*Prescrizione.* — Prima di Teodosio II le azioni civili, fatte pochissime eccezioni, non si estinguevano pel decorso del tempo, ma erano perpetue nel vero senso della parola. Le azioni onorarie però, cioè le pretorie e le edilizie, dovevano farsi valere entro un anno, ed anche in un termine più breve. Di qui il loro nome di *actiones temporales*, in opposizione alle *actiones perpetuæ*.

Quanto alle azioni reali risultanti dal diritto di proprietà o da diritti reali frazionari valeva il principio che chi possedeva la cosa con giusto titolo e buona fede per lungo tempo, cioè dieci anni fra presenti, e vent'anni fra assenti, poteva opporre alla rivendicazione la *præscriptio longi temporis;* ma questa *præscriptio* o *exceptio longi temporis*, la quale, come si è detto, richiedeva giusto titolo e buona fede da parte del possessore, si è fusa più tardi coll' istituto dell'usucapione, di cui parleremo nel trattato della proprietà.

L' imperatore Teodioso II, con una sua costituzione dell'anno 424,[1] eresse l'eccezione a regola, e stabilì che tutte le azioni, che non fossero già limitate a un termine più breve, dovessero farsi valere almeno entro lo spazio di trent'anni, scorsi i quali venivano escluse colla *præscriptio triginta annorum*. La quale disposizione di Teodosio passò con poche modificazioni nel diritto giustinianeo,[2] ed è stata accolta anche dal Codice civile italiano.[3] Per alcune azioni il termine di trent'anni venne in seguito portato a quaranta, per cui nel diritto giustinianeo tutte le azioni si estinguono o per prescrizione di trenta o quarant'anni, o per prescrizione più breve. A quelle si è mantenuto il nome di *actiones perpetuæ*, e queste si chiamano *temporales* o *temporariæ*.

La prescrizione estintiva delle azioni corre anche a vantaggio di chi è in mala fede ed è mancante di giusto titolo. Essa comincia dal giorno in cui l'azione è nata; l' azione *reale* dicesi nata, quando l' avversario dà origine all'azione colla lesione del nostro diritto; l'azione *personale* invece nel momento in cui l'obbligazione esiste in modo che possiamo senz'altro agire per l' adempimento della medesima contro il debitore che ricusa di soddisfarla *(quando dies venit)*.

La prescrizione estintiva delle azioni reali estingue soltanto l'azione, ma non anche il diritto;[4] quella delle azioni personali

[1] Const. un. Cod. Theod. de act. c. t. fin. IV, 14.
[2] Const. 3 de præscript. 30 vel 40 ann. VII, 39.
[3] Art. 2135.
[4] Const. 8 § 1 de præscr. trig. (VII, 39).

estingue anche il credito e non lascia sussistere nemmeno una obbligazione naturale.[1]

*Concorrenza di più azioni.* — La concorrenza di più azioni ha luogo, quando esse tendono a raggiungere il *medesimo scopo*, quando *bis idem exigitur.*[2] Così, per esempio, il proprietario ha nel medesimo tempo la *rei vindicatio*, la *condictio furtiva*, ed eventualmente qualche azione contrattuale, per chiedere la restituzione della cosa statagli rubata. In questo e simili casi quando l'attore ha già fatto valere il suo diritto con una di dette azioni, non può più intentare le altre, le quali restano per tal modo assorbite ed estinte. Quello che importa di notare si è che la concorrenza delle azioni non è decisa nè dall'identità della loro causa, nè da quella del loro nome, nè da quella delle persone, sibbene dall'identità dell'obbietto *giuridico*, dello scopo, che si propongono. Quando lo scopo non è precisamente lo stesso, non si verifica concorrenza e ciascuna azione può esser fatta valere indipendentemente dall'altra; come nel caso del furto la *rei vindicatio* o la *condictio furtiva* da un lato, e l'*actio furti* dall'altro.

## § 46.

### Della restituzione in intiero.

Fra i rimedi legali di origine pretoria la restituzione in intiero è uno dei più importanti. Con essa il pretore, fondandosi sui principî dell'equità, teneva per non avvenuti alcuni fatti od atti giuridici ai quali lo stretto diritto civile annetteva certe conseguenze, e rimetteva le parti nella medesima condizione in cui si sarebbero trovate, se quei fatti o quegli atti non fossero avvenuti.

Però questa restituzione *in integrum* non era che un rimedio straordinario, un *extraordinarium auxilium*, che non si accordava quando il diritto avesse assicurata un'azione od una eccezione a chi la richiedeva. Erano oltre a ciò necessarie alcune condizioni determinate. In primo luogo faceva mestieri che chi implorava la restituzione in intiero avesse senza sua colpa sofferto una lesione, cioè un danno prodotto dallo stretto diritto; ed in secondo luogo richiedevasi un giusto motivo di equità in favore di quel rimedio straordinario, una *iusta causa restitutionis*.

---

[1] Vedi l'*Irnerio* vol. IV, pag. 42.

[2] Fr. 57 de reg. iuris (50, 17); " Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. "

Le giuste cause di restituzione stabilite dal pretore sono per gli atti positivi la età minore, la violenza, il dolo, l'errore e la diminuzione di capo; per le omissioni, l'assenza ed altre cause legittime.

*Minore età.* — I puberi avevano per diritto romano la capacità di obbligarsi. La legge *Plætoria*, plebiscito del sesto secolo di Roma, pronunziò delle pene contro coloro che avessero ingannato un pubere al disotto dei venticinque anni. Il pretore fece un passo più in là, ed accordò ai puberi minori la restituzione in intiero contro le conseguenze giuridiche dannose in cui cadevano per la mancanza di esperienza e per difetto della necessaria maturità di mente.

*Violenza, dolo ed errore.* — I maggiori di età che restano lesi da un atto giuridico conchiuso sotto l'influenza del timore o del dolo hanno apposite azioni ed eccezioni che rendono in molti casi superfluo il rimedio della restituzione in intiero; ma talvolta quelle azioni ed eccezioni non bastano, ed allora si rende opportuna la *in integrum restitutio propter metum et dolum.* La restituzione in intiero per errore risguarda soltanto, tranne un solo, casi di procedura.

*Omissioni.* — Se taluno è impedito di assumere qualche atto per una causa legittima, quale sarebbe, per esempio, l'assenza per pubblico servizio, *rei publicæ causa*, può ottenere la restituzione in intiero.[1]

[1] Fr. 1, § 1 ex quib causis maiores IV, 6.

# LIBRO SECONDO

# DIRITTI REALI.

## § 47.

### Nozioni preliminari.

I diritti reali sono quelli che hanno per oggetto *immediato* una cosa, la quale viene ad essere *direttamente* soggetta al nostro giuridico potere. E appunto perchè hanno per oggetto immediato una cosa, e non già il fatto altrui, essi esistono indipendentemente da speciale obbligazione di altra persona determinata, e si possono quindi far valere mediante azione reale contro chiunque lede quei diritti. [1]

Il potere giuridico che si ha sovra una cosa può colpirla nella sua totalità, senza alcuna limitazione. Un diritto siffatto è la proprietà *(dominium)*, che è appunto il complesso di tutti i diritti che una persona può avere sopra una cosa. Ma questo esteso potere giuridico, questo dominio, può subire delle limitazioni in forza di diritti parziali che ad altre persone competano sulla cosa medesima che ne è oggetto. Questi diritti parziali o frazionari che si possono avere sulla cosa altrui *(iura in re aliena)* hanno anche essi per oggetto immediato la cosa, al pari del diritto di proprietà, che viene ad essere limitato. Essi sono quattro, cioè le servitù, la enfiteusi, la superficie e il pegno o ipoteca, ed insieme al diritto di proprietà costituiscono i così detti diritti reali.

Se i diritti reali ci attribuiscono un potere *giuridico* totale o parziale sopra una cosa, differiscono essenzialmente sotto questo rapporto dal semplice *possesso*, il quale consiste nel potere *fisico*,

---

[1] Vedi più sopra § 1, pag. 35, e § 37, pag. 112.

sopra una cosa. Siccome però esso costituisce, per le conseguenze giuridiche che gli sono attribuite, un *rapporto giuridico sopra una cosa*, crediamo opportuno di premettere un capitolo sopra il medesimo riserbando i cinque capitoli successivi ai diritti reali.

## CAPO I.

### DEL POSSESSO.[1]

### § 48.

**Nozione ed indole del possesso.**

Possedere una cosa significa averla nel proprio potere fisico.[2] Questo potere è puramente materiale, e non dipende nè punto nè poco da ciò che il possessore abbia o non abbia realmente il diritto di esercitarlo.[3] Il possesso adunque è di *fatto* ciò che la proprietà è di *diritto;* il possesso costituisce soltanto un potere *fisico, materiale*, mentre la proprietà implica un potere *giuridico*, *legale;* il proprietario ha il *diritto* di possedere, il possessore *esercita* di fatto questo diritto del proprietario. Il più delle volte chi è proprietario di una cosa ne è anche possessore, ma può darsi benissimo che uno sia proprietario di una cosa e un altro la possegga.[4]

Il possesso si distingue in possesso *giuridico* e *naturale*. Il possesso giuridico è la fisica possibilità di disporre di una cosa ad esclusione d'altri, coll'intenzione di ritenerla come propria. Se manca quell'intenzione, il possesso è semplicemente naturale, e chiamasi anche detenzione.

---

[1] Vedi *Archivio giuridico* III, 234, 511; IV, 583.

[2] Fr. 1 pr. de acq. vel amitt. poss. (41, 2): " Possessio appellata est a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. „

[3] Fr. 12 § 1. l. c. " Nihil commune habet possessio cum proprietate. „ Cfr. fr. 1, § 2, uti poss. (43, 17).

[4] Fr. 1, § 2 uti possidetis (43, 17): " Separata esse debet possessio a proprietate: fieri enim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. „

Il vocabolo possesso senz' altra aggiunta equivale a possesso giuridico, e noi l' adopreremo appunto in questo suo significato proprio.

Il possesso non è un diritto, ma un semplice fatto: esso però produce conseguenze giuridiche, inquantochè è garantito e tutelato con apposite azioni dalle turbative arbitrarie. E questo è l' effetto giuridico del semplice fatto del possesso. Per tal modo il possessore, come tale, ha dei diritti *(ius possessionis)* che derivano di per sè dal puro fatto del possesso, e sono al tutto indipendenti dal diritto al possesso *(ius possidendi)*, il quale può anche spettare ad un' altra persona. Giova quindi tenere distinti l' *ius possidendi* dall' *ius possessionis:* il primo è il diritto di possedere la cosa; il secondo è il complesso dei vantaggi che risultano dal fatto del possesso. Il proprietario ha il diritto di possedere la cosa che gli appartiene, sebbene non la possegga di fatto, il possessore ha dei diritti pel solo fatto che la possiede sebbene non abbia il diritto di possederla. Il ladro, per esempio, non ha alcun diritto sulla cosa rubata che tiene nel suo possesso, egli non ha il diritto di possederla *ius (possidendi);* eppure ha l' *ius possessionis*, è possessore giuridico della cosa, e come tale è tutelato con apposite azioni contro i turbamenti arbitrarî degli altri.

Il motivo poi per cui si accorda questa tutela al possesso, sebbene non sia un diritto, ma un semplice fatto, è che la società non può permettere una perturbazione arbitraria dello stato attuale delle cose.[1] Il possesso è un fatto, che non può essere arbitrariamente tolto di mezzo, anche da chi ha diritto sulla cosa posseduta da altri, senza una usurpazione dei diritti dello stato e un' infrazione dell' ordine sociale giuridico. Se un altro vuole privare l' attuale possessore del suo possesso, deve invocare l' assistenza delle autorità costituite dallo Stato per tutelare l' ordine stesso. Chi invece vuole imporre di suo arbitrio la propria volontà ad un altro, commette un' ingiustizia, che la società, custode dell' ordine, ha il diritto e l' obbligo di reprimere.[2]

L' effetto giuridico caratteristico del possesso è dunque il diritto alla tutela dalle turbative arbitrarie. A produrre questo effetto basta il possesso di per sè senza il concorso di altre circo-

---

[1] Quanto alle cause occasionali storiche della tutela del possesso v. Savigny, Das Recht des Besitzes (7ª ediz. Vienna 1865, pag. 197-204 e 632, 633).

[2] Sulle diverse opinioni a proposito del fondamento della tutela del possesso, vedi Savigny, op. cit., pag. 55-69, e 576-592.

stanze. Esso può però, quando concorrano altre cause, dar vita ad ulteriori conseguenze giuridiche di somma importanza, fra cui primeggia quella dell'acquisto della proprietà per usucapione. Il possesso di buona fede, accompagnato da una giusta causa e continuato per un dato periodo di tempo può cangiarsi da fatto in diritto, da possesso diventare proprietà. [1]

## § 49.

### Distinzioni del possesso e terminologia romana.

Le fonti del diritto romano fanno a proposito del possesso le seguenti distinzioni.

*Possessio civilis et naturalis.* — La semplice detenzione di una cosa senza l'intenzione di averla per sè non costituisce un vero possesso. I Romani usano le espressioni *detentio*, *detinere*, *in possessione esse*, od anche *possessio naturalis*. Così, per esempio, il conduttore e il comodatario sono detentori, ma non sono veri e propri possessori.

Perchè esista possesso in senso proprio, cioè possesso giuridico, ossia civile, si richiede l'intenzione di ritener la cosa come propria. I Romani esprimono il possesso in senso giuridico colle parole *possessio*, o *possessio civilis*. Questo possesso giuridico o civile è garantito con apposite azioni possessorie *(interdicta)*, anche quando il possessore è di mala fede e possiede senza giusto titolo. Che se il possesso è di buona fede e accompagnato da giusta causa, può condurre all'usucapione. Vi hanno adunque due specie di possesso giuridico, cioè il possesso *ad interdicta*, ed il possesso *ad usucapionem*. [2]

*Possessio iusta et iniusta.* — Questa distinzione si riferisce all'origine del possesso. Il possesso dicesi giusto, quando ha incominciato *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*. Esso è ingiusto ossia vizioso quando, al momento in cui comincia, è affetto dall'uno o dall'altro di quei tre vizi. Esiste il vizio della violenza, quando il possessore fece violenza al corpo o alla volontà del possessore precedente per ispogliarlo del possesso. Esiste il vizio della clandestinità, quando si nascose l'atto di acquisto al possessore pre-

---

[1] Vegg. il cap. II.

[2] Il possesso *ad usucapionem* si chiama *civilis* per eccellenza.

cedente per evitarne la resistenza. Esiste in fine il vizio della precarietà, quando alcuno entra nel possesso perchè il possessore precedente glielo concedette coll'espressa facoltà di rientrare a suo piacimento nel possesso medesimo.

Il possesso ingiusto non può, in generale, essere opposto a colui di fronte al quale si possiede ingiustamente, ma produce effetti giuridici di fronte a' terzi. Così, per esempio, il ladro il quale, per essere possessore ingiusto, non cessa di avere il possesso giuridico, può difendersi colle azioni possessorie dai turbamenti arbitrarî di qualunque terza persona che non sia la persona derubata: *adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet.*[1] È appunto per questo che, nella teoria del possesso, poco importa che il possesso sia giusto o ingiusto: *in summa possessionis non multum interest, iuste quis, an iniuste possideat.*[2]

*Possessio bonæ fidei et malæ fidei.* — Il possesso è di buona fede, quando si crede di essere proprietario della cosa posseduta (*opinio domini*); esso è di mala fede, quando si sa o si hanno fondati motivi di credere di non essere il proprietario della cosa posseduta.[3]

## § 50.

### Condizioni oggettive e soggettive del possesso.

Il possesso che può dietro il già detto definirsi *un potere fisico sopra una cosa coll' intenzione di ritenerla come propria* richiede due condizioni, cioè: 1° il potere fisico sopra una cosa *(corpus)*, e 2° l'intenzione di ritenerla come propria *(animus dominantis).*

*Corpus.* — È necessario che si abbia la possibilità fisica di disporre della cosa ad esclusione d'ogni altro. Di qui viene che più persone non possono simultaneamente possedere la medesima cosa per intiero.[4] Ciò non toglie però che più persone possano

---

[1] Fr. 53, de acq. poss. 41. 2.

[2] Fr. 3, § 5, de acq. poss. 41. 2.

[3] Si può esser possessori di buona fede ed avere un possesso ingiusto, per esempio quando taluno si impadronisce di viva forza di una cosa che crede appartenergli; e viceversa si può avere il possesso giusto ed essere di mala fede, per esempio quando si acquista una cosa da uno che si sa non essere il proprietario.

[4] Fr. 3, § 5, de acq. poss (41, 2): " Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris „ (C. fr. 5, § 15, comm. 13, 6). — A questa massima della impossibilità di più possessi contemporanei solidali non contradice il fatto che vengono riconosciuti contemporaneamente come possessori il pignorante e il pignoratario, il concedente della cosa data in precario

avere *insieme* il compossesso della medesima cosa, poichè in questo caso non è la volontà di ciascuna di esse, ma la volontà comune, che dispone della cosa; i compossessori, conformemente alla loro volontà, godono in comune dei vantaggi derivanti dal possesso.

Dall' essere il possesso un potere *fisico* sulla cosa ne viene che non è possibile un possesso di cose incorporali.[1] Del pari non è ammesso, per cause naturali, il possesso di parti reali non divise di una cosa mobile, p. es. della testa o delle gambe di un cavallo.[2]

Per cause giuridiche poi non è ammesso il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà,[3] e di quelle che formando parte integrante di un tutto hanno perduto la loro esistenza individuale.[4]

*Animus.* — Il secondo requisito del possesso è l' intenzione di ritener la cosa come propria. Coloro che sono assolutamente incapaci di avere proprietà sono altresì incapaci di possedere. Viceversa si ammette che quelle persone, le quali, sebbene prive della facoltà naturale di volere, son però capaci di avere proprietà, come le persone giuridiche, gli infanti, i dementi e i pazzi, possano anche possedere. Queste persone acquistano il possesso mediante i loro rappresentanti.

## § 51.

### Acquisto del possesso,

Il possesso si acquista mediante l' attuazione dei due elementi che lo costituiscono, cioè la possibilità fisica di disporre della cosa *(corpus)* e l'intenzione di ritenerla come propria *(animus).*[5]

---

e il concessionario. In questi casi infatti sono i vantaggi procedenti da un possesso unico che la legge per ragioni di opportunità divide giuridicamente fra più persone, proclamandole entrambe possessori in un senso giuridico del tutto diverso dal significato ordinario.

[1] Sul cosidetto quasi possesso di diritti ved. il § 56.

[2] Fr. 8 de rei vind. VI, 1. — Si ammette invece il possesso di parte reale di un fondo, giacchè in fatto ella sta da sè. Così si ammette pure il possesso di parti ideali ossia intellettuali di cose mobili non meno che di cose immobili, semprechè, s' intende, l' intenzione del compossessore sia diretta ad una parte intellettuale determinata, per esempio ad una terza o quarta parte, ad una metà ecc. (fr. 3, § 2 e fr. 26 de acq. poss. 41, 2). Vedi più sopra § 17.

[3] Fr. 30, § 1 de acq. poss. (41, 2); Cod. civ. art. 690.

[4] Fr. 23 pr. e fr. 30, § 1 de usurp. 41, 3. — Al contrario, quelle cose che malgrado la loro unione conservano il carattere di corpi distinti si possono possedere. (Vedi più sopra § 19).

[5] Fr. 3, pr. de acq. poss. 42. 2: " Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore. „

*Possibilità fisica di disporre della cosa (corpus, apprehensio).* — Per avere questo potere fisico sulla cosa non è necessario il contatto della cosa, nè d'altra parte questo basta sempre all'uopo; ma bisogna che la cosa venga posta in tale rapporto colla persona, che questa ottenga la possibilità immediata ed attuale di avere la cosa in suo potere.[1]

Se la cosa è nel possesso di un altro, il potere fisico sulla cosa può acquistarsi con o senza il consenso del medesimo. Nella prima ipotesi si parla di consegna o tradizione, appunto perchè il precedente possessore trasferisce egli stesso il potere che aveva sulla cosa al nuovo possessore. Nella seconda ipotesi esiste la speciale disposizione di legge che l'occupazione clandestina di un fondo non basta per l'acquisto del possesso,[2]

*Intenzione di ritener la cosa come propria.* — Questa intenzione può essere dichiarata espressamente, o risultare da altri atti; essa può esistere al momento stesso in cui si acquista il potere fisico sulla cosa, e può anche sopravvenire in seguito.[3] Se la deliberazione di possedere per sè una cosa che già si deteneva è presa col consenso di colui, in nome del quale si esercitava il potere fisico, si ha la così detta *traditio brevi manu.*[4] Se invece quella deliberazione è presa contro il volere di colui, in nome del quale si esercita quel potere fisico, essa non basta da sola a fare acquistare il possesso, ma è necessario un atto esterno che indichi palesemente la mutazione di volontà.[5]

Vi sono alcuni casi eccezionali in cui si acquista il possesso giuridico sebbene manchi l'intenzione di ritener la cosa come propria. Il caso più importante è quello del creditore pignoratizio, il quale acquista il possesso giuridico delle cose consegnategli in pegno,

---

[1] Le fonti ci recano esempi numerosi e particolareggiati riguardo a questo requisito della *apprehensio*. V. p. e. quanto al possesso di fondi. Fr. 77, de rei vind. VI, 1; fr. 3, § 1 e fr. 18, § 2, de acq. poss. 41, 2; quanto al possesso delle cose mobili, fr. 51, de acq. poss. e fr. 79, de solut. 46, 3; fr. 21 de acq. poss. e fr. 31, § 1, de donat. 39, 5, fr. 18, § 2, de acq. poss. e fr. 9, § 3, de iure dot. 23, 3; fr. 15, ad exhib 10, 4; fr. 3, § 3, e fr. 44 pr. de acq. poss. 41, 2; fr. 74, de contr. emt. 18, 1 combinato col fr. 9, § 6, de acq. rer. dom. 41, 1 e col fr. 1, § 21, de acq. poss. 41, 2; quanto al possesso di un animale ferito che si insegue, fr. 5, § 1 de acq. rer. dom. 41, 1.

[2] Vedi più sotto § 58, pag. 143.

[3] Fr. 3, § 3, de acq. poss. 41, 2.

[4] La cosa si ha per consegnata *(res pro tradita est)*, fr. 62 pr. de eviet. 21, 2; fr. 1. de publ. act. 6, 2. Vedi pag. 142, nota 3.

[5] Fr. 3, § 18, de acq. poss. (41, 1). Vedi più sotto § 53, pag. 143.

sebbene egli riconosca di non esserne il proprietario.[1] Così pure si riconosce il possesso giuridico all'utente precario che ha implorato e ottenuto questo possesso.[2] E da ultimo è riconosciuto come possessore anche il sequestratario, a cui le parti hanno espressamente affidato il possesso.[3]

## § 52.

### Acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti.

Il possesso si può acquistare anche per mezzo di un rappresentante. Perchè ciò avvenga si richiede, di regola, che concorra la volontà dell'acquirente. Vi sono però alcuni casi eccezionali in cui il possesso si acquista anche senza la volontà dell'acquirente. Esaminiamo separatamente le due ipotesi.

CONCORSO DELLA VOLONTÀ DELL'ACQUIRENTE. — Noi possiamo acquistare il possesso per mezzo di un terzo il quale ci supplisca nella *apprehensio* della cosa.[4] In tal caso possediamo anche quelle cose che un altro tiene nel suo potere fisico, semprechè egli abbia l'intenzione di avere la cosa per noi, e noi abbiamo la volontà di possedere per mezzo di lui.

*Primo requisito.* — Il primo requisito per l'acquisto del possesso per rappresentante è che questi abbia l'intenzione di tenere la cosa per noi. Senza questa intenzione noi non acquistiamo il possesso:[5] è quindi assolutamente impossibile l'acquisto del possesso per mezzo di una persona incapace di volere.[6] Se poi quella volontà del rappresentante di possedere per noi sussista o meno nel singolo caso, è una questione di fatto da decidersi di volta in volta. A questo riguardo giova osservare che quando il rappre-

---

[1] Il pignorante conserva però il vantaggio della usucapione *(possessio ad usucapionem)*, il che ridonda a beneficio anche del creditore pignoratizio. La ragione per cui si accordò a quest'ultimo il possesso *ad interdicta* è tutt'affatto storica, come può vedersi nell'*Archivio giuridico*, vol. IV, pag. 589. Vedi *Windscheid*, Pandekten I, § 154; *Savigny*, Op. cit. § 24.

[2] Fr. 4, § 1, de prec. 43, 26, fr. 10, § 1, de acq. poss. 41, 2. — Anche in questo caso il possesso *ad usucapionem* rimane presso il concedente.

[3] Fr. 39, de acq. poss. 41, 2; fr. 17, § 1, dep. 16, 3.

[4] Fr. 3, § 12, de acq. poss. (41, 2); Paul. Rec. Sent. V, 2, § 1: " Possessionem acquirimus animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. "

[5] Fr. 1, § 19 e 20 de acq. poss. 41, 2.

[6] Fr. 1, § 9 e 10 de acq. poss. 41, 2.

sentante acquista *per nostro incarico* il potere fisico sopra una cosa, non è di assoluta necessità che abbia l'intenzione di acquistare il possesso immediatamente per noi, ma basta che egli acquisti per sè, purchè abbia l'intenzione di renderci possessori in seguito.[1] Nel caso che una cosa venga consegnata per noi al nostro rappresentante, basta che questi la riceva senza palesare un'intenzione diversa, perchè il possesso ci sia acquistato. E difatti coll'avere accettata la cosa colla dichiarazione del tradente, egli si appropria questa dichiarazione, e l'eventuale sua dichiarazione successiva di avere ricevuto la cosa per sè, anzichè per la persona dichiarata dal tradente, non è giuridicamente attendibile.[2]

L'intenzione di avere la cosa per un altro può esistere fin dall'origine, o può essere manifestata in seguito, inquantochè colui che fino a quel momento possedeva una cosa per sè, prende la risoluzione di voler detenere la cosa per noi. Questo caso si conosce sotto il nome di *constitutum possessorium*.[3]

*Secondo requisito.* — Il secondo requisito per acquistare il possesso per mezzo di un rappresentante, è che anche noi vogliamo possedere la cosa che il rappresentante tiene in nostro nome. Il modo più frequente e più importante di manifestare questa nostra volontà è l'incarico dato al nostro rappresentante di prendere per noi il possesso della cosa. Quest'incarico può consistere in un mandato speciale riguardo ad una cosa determinata, o può essere implicitamente compreso nel mandato generale di amministrare le nostre sostanze.[4]

Acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti senza la volontà dell'acquirente. — Come abbiamo osservato, la regola che per l'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti si ri-

---

[1] Ciò avviene, per esempio, nel caso di acquisto del possesso per mezzo dei commissionari (Cod. di commercio lib. 1, tit. IV, capo 1 e 2). Così si spiega l'apparente antinomia fra il fr. 13 pr. combinato coi fr. 20 § 2 de acq. rer. dom. (41, 1), fr. 42, § 1 de acq. poss. (41, 2) ed i fr. 59 de acq. rer. dom. (41, 1) e fr. 135 § 2 de verb. obl. (45, 1). Vedi *Windscheid*, Pandekten I § 155.

[2] Fr. 13 de donat. (39, 5) e fr. 37, § 6 de acq. rer. dom. (41, 1).

[3] Il costituto possessorio è precisamente il rovescio della *traditio brevi manu*, di cui abbiamo parlato al § 51, pag. 140. La *traditio brevi manu* converte il detentore in possessore giuridico, mentre il costituto possessorio converte il possessore in detentore.

[4] È in questo senso che si legge nelle fonti che " per procuratorem etiam ignoranti acquiritur possessio " (§ 5 per quas. pers. II, 9; fr. 49 § 2 de acq. poss. 41, 2; fr. 47 de usurp. 41, 8). Vedi *Windscheid*, Pandekten, 1 § 155.

chiede il concorso della volontà dell'acquirente soffre alcune eccezioni. Esse sono le seguenti. Le persone giuridiche acquistano di pien diritto il possesso per mezzo dei loro rappresentanti, sebbene esse, nella loro qualità di persone fittizie, sieno prive di volontà ed incapaci quindi di acconsentire all'acquisto del possesso.[1] Lo stesso dicasi dei pupilli che acquistano il possesso mediante il loro tutore.[2] Possono finalmente servir di mezzo per quell'acquisto anche gli schiavi ed i figli di famiglia, quando prendono possesso di una cosa in occasione dell'amministrazione del peculio stato loro affidato dal padre di famiglia.[3]

## § 53.

### Perdita del possesso.

Il possesso si perde colla cessazione dell'uno o dell'altro dei due elementi che lo compongono.[4] Tuttavia non basta che il potere fisico sulla cosa o l'intenzione di possederla abbiano sofferto una momentanea interruzione, perchè quei due elementi possano dirsi distrutti, ma occorre un fatto contrario che o ci ponga nella positiva impossibilità di esercitare quel potere fisico sulla cosa, o provi la nostra intenzione di non voler più possedere.[5]

Per possesso dei fondi poi vale la regola speciale che se l'impossibilità di esercitare il nostro potere sui medesimi proviene dall'occupazione altrui, non ne perdiamo il possesso, se non quando abbiamo avuto notizia dell'occupazione.[6]

Il possesso che esercitiamo per mezzo di un rappresentante si perde in primo luogo quando prendiamo la risoluzione di non voler più possedere, e in secondo luogo quando il nostro rappresentante è posto nell'impossibilità di esercitare il suo potere fisico

---

[1] Fr. 1, § 22 e fr. 2 de acq. poss. 41, 2.

[2] Fr. 13, § 1 de acq. rer. dom. (41, 1) e fr. 1, § 20 de acq. poss. (41, 2).

[3] Fr. 1, § 5, fr. 3, § 12, fr. 24 e fr. 44, § 1 de acq. poss. 41, 2.

[4] Fr. 44, § 2 de acq. poss. 41, 2: " . . . . . possessionem amitti vel animo vel etiam corpore. "

[5] Fr. 153 de reg. iur. 50, 17. Esempi di quell'impossibilità ved. nei fr. 1, § 47 de v (13, 16), fr. 4, § 22 de usurp. (41, 3), fr. 13 pr., fr. 15 e fr. 25, pr. de acq. poss. (11, 2). — Quanto all'*animus* fr. 3, § 6, fr. 17, § 1 e fr. 30, § 4 de acq. poss. (41, 2).

[6] Fr. 18, § 3 e fr. 25, § 2, combinati coi fr. 3, § 7 e 8, fr. 6, § 1, fr. 7 e fr. 46 de acq. poss. 41, 2.

sulla cosa, o quando manifesta la sua intenzione di non volere più possedere per noi.[1]

## § 54

### Delle azioni possessorie.

Diconsi azioni possessorie quelle che hanno per iscopo di tutelare il possesso contro gli attentati che lo turbano o lo distruggono. Il pretore introdusse due categorie diverse di azioni possessorie contro quelle due specie di attentati arbitrarî, cioè gli *interdicta retinendæ possessionis* e gli *interdicta recuperandæ possessionis.*[2] Parleremo separatamente degli uni e degli altri secondo il diritto giustinianeo, e poi esporremo sommariamente le azioni possessorie secondo il Codice civile.

INTERDICTA RETINENDÆ POSSESSIONIS. — Questi interdetti sono accordati al possessore che è turbato nel suo possesso. Il possesso dicesi turbato, quando la volontà di un terzo si mette in contrasto colla volontà del possessore, sia che il terzo eserciti egli stesso il suo potere sulla cosa,[3] sia ch' egli impedisca al possessore di esercitare il proprio.[4] Da siffatte turbative nasce pel possessore il diritto di chiedere la cessazione delle medesime e la riparazione dei danni sofferti dalla turbativa già avvenuta.[5]

Nel diritto antico gli interdetti *retinendæ possessionis* erano due, cioè l' *interdictum uti possidetis* per le cose immobili, e l'*interdictum utrubi* per le cose mobili. Nell'interdetto *uti possidetis* vinceva

---

[1] Fr. 1, § 22 de vi (43, 16); fr. 3, § 18 de acq. poss. (41, 2). — Se il nostro rappresentante muore, o diventa incapace di volontà o cessa di detenere, non perdiamo il possesso, ma si richiede ch' egli manifesti con un atto esteriore di non voler più possedere per noi. (Ved. le Pandette di *Windscheid* § 157, e quelle di *Arndts* § 143).

[2] A questi si trovano coordinati nelle Istituzioni giustinianee (§ 2 de interdictis) e in quelle di Gaio (IV, 143) gli *interdicta adipiscendæ possessionis*, ma siccome non servono a tutelare il possesso, ma ad acquistare un possesso non mai avuto, così non può dirsi che appartengano alle azioni possessorie.

[3] Per esempio: taluno scava un fosso nel fondo da me posseduto, o vi semina, o vi fabbrica sopra, o vi fa entrare il fumo del suo camino, o passa sul medesimo ec.

[4] Per esempio: taluno mi impedisce di fabbricare sul fondo da me posseduto, o di farvi riparazioni, o di disporre delle piante che crescono sul medesimo ec.

[5] Fr. 3, § 9 e 11 uti possidetis (43, 17). Nell'antico diritto romano non si poteva chiedere la riparazione del danno che per le turbative avvenute dopo la pronunzia dell'interdetto (Vedi più sopra § 42).

colui che al momento della pronunzia dell'interdetto (*interdicto reddito*) possedeva *nec vi nec clam nec precario* di fronte al proprio avversario. Nell'interdetto *utrubi* invece non si aveva riguardo al possesso attuale, ma la vittoria era attribuita a colui che aveva posseduto per più lungo tempo nell'anno precedente all'interdetto, semprechè anche in questo caso il possesso non fosse stato vizioso di fronte all'avversario.[1] Nel diritto giustinianeo sono sparite tutte le differenze fra questi due interdetti; essi sono regolati dagli stessi principî, e tanto nell'uno quanto nell'altro trionfa chi al momento della contestazione della lite possiede in modo non vizioso di fronte all'avversario.[2]

Chi vuol valersi degli interdetti *retinendæ possessionis* deve provare che al momento della turbativa egli era nel possesso della cosa, e che il convenuto lo ha turbato o lo turba in quel suo possesso.

Quanto al primo requisito non basta che l'attore detenesse semplicemente la cosa, dappoichè il semplice detentore (come per esempio il conduttore, il depositario, il comodatario), deve rivolgersi a colui, in nome del quale detiene, affinchè quest'ultimo promuova l'azione possessoria in vece sua.[3] Non è poi necessario che il suo possesso sia giusto, purchè il vizio del suo possesso non esista di fronte all'avversario. Se il vizio della violenza, della clandestinità o della precarietà esiste di fronte al convenuto, questi può sottrarsi con una eccezione alla domanda dell'attore.[4]

Per quello che riguarda il secondo requisito non è necessario che sia stata usata volenza contro la persona del possessore, ma basta che il convenuto abbia agito contro la sua volontà, cioè senza il suo permesso.[5] Così pure non è requisito essenziale che l'autore delle molestie contesti il possesso dell'attore, e pretenda di essere egli il vero possessore. Ciò per altro si verifica nella maggior parte dei casi, specialmente quando si tratta del possesso di fondi. Allora il convenuto oppone che la pretesa turbativa del possesso dell'attore non è che l'esercizio del proprio possesso, e per conseguenza diventa alla sua volta attore, e chiede, come tale, non solo la sua assoluzione, ma eziandio la con-

[1] Gaio IV, 150 e 152; Pauli Rec. sent. V, 6, § 1; Vat. Fragm. 293.
[2] § 4, Inst. de int. 4, 15 e fr. un. utrubi 43, 31.
[3] Fr. 3, § 8, uti poss. 43, 17 comb. con fr. 20 de vi 43, 16.
[4] Fr. 4, pr. uti poss. 43, 17 e § 4 Inst. de int. 4, 15.
[5] Fr. 11, de vi 43, 16 comb. con fr. 8, § 5, si serv. 8, 5.

danna dell'avversario. La vittoria è di colui che proverà il suo possesso.

Il più delle volte poi gli interdetti *retinendae possessionis*[1] servono d'introduzione preliminare al giudizio petitorio, cioè al processo sulla proprietà. E difatti nelle questioni di proprietà l'azione rivendicatoria si promuove dal proprietario che non possiede contro il possessore non proprietario. È quindi assai importante sapere chi sia il possessore, e come tale possa sostenere la parte molto comoda di convenuto, e chi invece debba assumersi la parte molto gravosa di attore, dappoichè questi, per vincere, deve provare il suo diritto di proprietà, ciò che riesce quasi sempre estremamente difficile.[2]

Infine avvertiremo che gli interdetti *retinendae possessionis* devono farsi valere entro un anno dalla turbativa.[3] In quanto però l'autore delle molestie siasi arricchito a danno del possessore, l'azione per chiedere la restituzione dell'indebito arricchimento dura per lo spazio ordinario di trent'anni.[4]

INTERDICTA RECUPERANDÆ POSSESSIONIS. — Questi interdetti sono accordati a chi è stato spogliato per violenza, o per l'ingiusto rifiuto di restituire la cosa da parte di chi l'ha avuta per concessione precaria. Questi interdetti sono due, cioè: *interdictum de vi*, e *interdictum de precario*.

*Interdictum de vi.* — L'interdetto *de vi* è accordato a chi è stato violentemente spogliato del possesso di un immobile.[5] Non è poi necessario che la violenza sia esercitata a mano armata, o che consista in vie di fatto più o meno gravi, ma basta sia tale che il possessore non abbia potuto resistervi e sia stato impedito

---

[1] L'*interdictum* in questi casi dicesi *duplex* (Gaio IV, 160; § 7. Inst. de int. 4, 15, fr. 3, § 1 uti poss. 43, 17). Nella formula dell'interdetto la proibizione era diretta ad ambe le parti, appunto perchè il pretore aveva provveduto per la generalità dei casi (fr. 1, pr. uti poss. 43, 17).

[2] Questa funzione preparatoria degli interdetti *retinendæ possessionis* è di tale importanza che nel corpo del diritto civile giustinianeo si parla quasi esclusivamente di essa (§ 4, Inst. de int. 4, 15 comb. col fr. 1, § 2 e 3 uti poss. 43, 17), il che indusse alcuni autori a non considerare gli interdetti *retinendæ possessionis* che da questo solo punto di vista.

[3] Fr. 1, pr. uti poss. 43, 17.

[4] Fr. 4, de interd. 43, 1.

[5] L'interdetto *de vi* è limitato agli immobili e non si estende punto alle cose mobili (fr. 1, § 3-8, de vi 43, 16). Per ricuperare il possesso delle cose mobili serviva nel diritto antico l'*interdictum utrubi*. Nel diritto Giustinianeo esistono altri rimedi di legge. (Vedi più sotto in fine di questo paragrafo a pag. 147 e 148).

sotto l' influenza della forza di continuare il suo possesso. Così pure non importa che la violenza sia stata usata dallo stesso spogliatore, o per mezzo di altri, come non importa che lo spogliatore abbia agito in nome proprio o in nome altrui. [1]

L' interdetto *de vi* ha per iscopo di ottenere la restituzione del possesso e la riparazione di tutti i danni. [2] Scorso un anno dal momento dell' espulsione l'autore della medesima non è tenuto che *de eo, quod ad eum pervenerit.* [3] I suoi eredi non rispondono in nessun caso al di là di questo arricchimento, anche se citati entro l' anno; così dicasi di colui, in nome del quale è avvenuta l' espulsione, semprechè egli non l' abbia ordinata o ratificata. [4] Prescindendo da questo caso, il terzo possessore non è mai tenuto dell' interdetto *de vi.* [5] Contro l' interdetto *de vi* non è ammessa l' eccezione che l' attore possiede in modo vizioso di fronte al convenuto. [6]

*Interdictum de precario.* — L' interdetto *de precario* è accordato allo scopo di ottenere la restituzione di una cosa concessa ad altri sotto condizione di poterla riprendere ad arbitrio. Se il concessionario rifiuta la restituzione della cosa, il concedente può chiederla coll' interdetto *de precario* in appoggio appunto al suo possesso anteriore, senza bisogno di fondarsi, come ne avrebbe il diritto, sul rapporto contrattuale esistente fra lui e il precarista. [7]

Nel diritto antico vi era anche l' *interdictum de clandestina possessione* che per rapporto alle usurpazioni clandestine di immobili faceva la medesima funzione che l' interdetto *de vi* in caso di espulsione violenta; ma stabilito poi il principio che il possesso di immobili non si perde all' insaputa del possessore, tale interdetto divenne inutile.

Accanto alle azioni possessorie la legge accorda altri rimedî per ottenere la restituzione del possesso di cui siamo stati ingiustamente spogliati, e sono le *condictiones.* Queste si fondano sul principio che nessuno deve arricchirsi senza giusta causa a danno degli

---

[1] Fr. 1, § 12-15 e fr. 3, § 10-12 de vi 43, 16.

[2] Fr. 1, § 31-41 e fr. 6 de vi 43, 16.

[3] Fr. 1 pr. de vi 43, 16.

[4] Fr. 1, § 15 de vi 43, 16.

[5] Fr. 7 de vi 43, 16 e fr. 3, § 10 uti possid. 43, 17.

[6] § 6 de interd. 4, 15.

[7] Fr. 2 de prec. 43, 26. Nel diritto antico non nasceva azione contrattuale dal cario, ed è appunto per questo che si introdusse l' interdetto *de precario* (fr. 14 l. c.).

altri,[1] e competono a chiunque è stato spogliato del suo possesso per l'arbitrio altrui, senza distinzione fra cose mobili o immobili. Esse hanno speciale importanza nel caso che il possessore venga violentemente spogliato del possesso di cose mobili dappoichè riguardo a queste non ha luogo l'interdetto *de vi*; così pure nel caso di spoglio clandestino del possesso, e finalmente nel caso che un comodatario, depositario o conduttore rifiutino la restituzione della cosa.[2]

## § 55.

### Azioni possessorie secondo il codice civile.

Anche il nostro codice civile riconosce due azioni possessorie, cioè l'azione di manutenzione e l'azione di reintegrazione del possesso; ma queste due azioni si distinguono in molti punti dagli interdetti conservatori e recuperatori del diritto romano.

*Azione di manutenzione.* — L'articolo 694 dispone che « chi trovandosi da oltre un anno nel possesso legittimo di un immobile, o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, viene in tale possesso molestato, può entro l'anno dalla molestia chiedere la manutenzione del medesimo. »

Il primo requisito per intentare l'azione possessoria di manutenzione è il possesso *oltreannale.*[3] Il giorno in cui si cominciò a possedere non si conta, e il giorno in cui l'anno spira dev'essere completo. Il possesso che eccede l'anno anche di un solo istante è sufficiente, e il possessore può unire al suo possesso quello del suo autore.[4]

Il secondo requisito è il possesso *legittimo.* Non basta adunque il possesso giuridico, come in diritto romano, ma è necessario che sia anche continuo, non interrotto, pacifico, pubblico e non equivoco.[5]

---

[1] Fr. 1, § 3 de cond. sine causa (12, 7): " Constat id demum posse condici alicui, quod non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam. "

[2] Fr. 19, § 2 de prec. (43, 26); fr. 13, § 1 depositi (16, 3); fr. 3, fr. 7, § 2 e fr. 8 pr. e § 1 e fr. 10 pr. de cond. furt. (13, 1).

[3] Questo requisito è affatto estraneo al diritto romano.

[4] Art. 693 del codice civile.

[5] Art. 686. — Il possessore attuale, che provi di aver posseduto in un tempo più remoto, si presume che abbia posseduto anche nel tempo intermedio, salva la prova del contrario (articolo 691); il possesso attuale però non fa presumere l'antico, salvo che il possessore abbia un titolo: nel qual caso si presume avere egli posseduto dalla data del

Il terzo requisito riguarda l'oggetto, che dev' essere o un *immobile*, o un *diritto reale* o una *universalità di mobili*, mentre per diritto romano gli interdetti *retinendae passessionis* si estendevano anche alle cose mobili prese singolarmente.

Come in diritto romano, così anche pel codice civile l'azione di manutenzione dev' essere sperimentata entro l'anno dalla molestia, ed ha per iscopo di far mantenere nel possesso chi è stato in quello molestato, cioè o di far cessare le molestie se il molestato ritiene ancora il possesso di fatto, o di farglielo restituire se ne fu privato, senza pregiudizio delle ragioni che le parti sieno rispettivamente per far valere nell' eventuale giudizio petitorio. Il molestato può chiedere inoltre il risarcimento dei danni sofferti, secondo il principio generale che chiunque con un suo fatto colposo reca un danno ad altri è obbligato a risarcirlo.[1]

L' azione di manutenzione si può sperimentare non solo contro l'autore delle molestie e contro i suoi eredi, ma perfino contro i terzi detentori, a differenza del diritto romano che accordava l'interdetto *retinendae possessionis* soltanto contro l'autore delle molestie.

*Azione di reintegrazione.* — L' articolo 695 dispone che « chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile od immobile, può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo. »

Il fondamento dell' azione possessoria di reintegrazione consiste nel delitto di colui, che con atti violenti od occulti commette lo spoglio. Due sono gli estremi della medesima, cioè il possesso avuto e lo spoglio violento o clandestino. Non è però necessario che il possesso sia legittimo ed oltreannale, quale richiedesi per l'azione di manutenzione, ma basta un possesso *qualunque*, anche momentaneo e vizioso, e, secondo l'opinione più ricevuta, perfino il possesso naturale ossia la semplice detenzione.

L' azione di reintegrazione si applica non solo ai beni immobili, come l'interdetto *de vi* dei Romani, ma eziandio alle cose mobili,

---

suo titolo, se non è provato il contrario (articolo 692). Questo titolo non può venire invocato che per colorire il possesso, non mai per dimostrare di aver *diritto* di possedere, poichè altrimenti l'azione eccederebbe i limiti di un' azione possessoria e diventerebbe petitoria.

[1] Art. 1151 del codice civile.

e compete contro chiunque sia reo di spoglio e gli eredi di lui, fosse pur egli il proprietario della cosa.[1]

Del resto, l'azione di reintegrazione concorda con quella di manutenzione in ciò, ch'essa pure dev'essere proposta entro l'anno dal sofferto spoglio, e che la pronunciata reintegrazione nulla pregiudica le ragioni delle parti in giudizio petitorio,[2] e che per ultimo ambedue le dette azioni possessorie spettano esclusivamente alla giurisdizione speciale dei pretori, qualunque sia il valore della causa.[3]

## § 56.

### Possesso dei diritti.

Nei paragrafi precedenti si è considerato il possesso come un esercizio del diritto di proprietà, cioè come un potere fisico sopra una cosa nella totalità delle sue relazioni. Accanto a questo potere fisico che abbraccia la cosa nella sua totalità si può concepire un potere fisico che colpisca la cosa soltanto in alcuna delle sue relazioni. In altri termini, nella stessa guisa che la legge attribuisce certe conseguenze giuridiche all'esercizio del diritto di proprietà, che è il potere giuridico *totale* sopra una cosa, si possono benissimo attribuire effetti consimili all'esercizio di un diritto *parziale* sulla cosa. Ed è appunto quello che fecero i Romani, riguardo a tutti quei diritti sulle cose che ammettono un esercizio continuato, quali sono per lo appunto le servitù, la enfiteusi e la superficie.[4] L'esercizio di questi diritti reali frazionari produce

---

[1] L'art. 696 dispone che " la reintegrazione deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte, sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura, contro qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose di cui si è patito lo spoglio. " — L'origine di questa disposizione si deve ripetere dal diritto canonico, di cui è regola: *spoliatus ante omnia restituendus.* (Vedi can. 7 e 18 de restitut. spoliat. II, 13).

[2] Quanto all'azione di reintegrazione è poi da osservarsi che la reintegrazione nel possesso non esclude l'esercizio dell'azione di manutenzione da parte di qualunque possessore legittimo (art. 697).

[3] Cod. di Proc. civ., art. 82, n. 2.

[4] Resta escluso il diritto di ipoteca, appunto perchè non ammette un esercizio continuato. E difatti il creditore ipotecario può vendere la cosa, ma questo è un atto che non si ripete. Si obbietterà ch'egli può mettersi nel possesso della cosa per passare alla vendita della medesima, ma questo è per lo appunto un atto passeggero. — Quanto al possesso del creditore pignoratizio, fu già avvertito più sopra (al § 49, nota 1) ch'egli è considerato come possessore corporale.

conseguenze giuridiche analoghe a quelle che vanno congiunte coll'esercizio del diritto di proprietà, e porta anch'esso il nome di possesso, cioè possesso di diritti ossia *iuris quasi possessio.*

Il diritto canonico e la pratica del fôro estesero il quasi possesso ai diritti episcopali, alle decime, ai diritti doganali e ad altri diritti pubblici, e così fece anche il nostro Codice civile che definisce il possesso « la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha per sè stesso, o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui. »[1]

Per l'acquisto e la perdita del possesso dei diritti, valgono in massima i medesimi principî che pel possesso corporale.

Della tutela di questo possesso dei diritti ossia delle azioni quasi possessorie tratteremo nell'esposizione dei singoli diritti a cui si riferiscono.

## CAPO II.

## DELLA PROPRIETÀ.

### § 57.

### Nozione ed oggetto della proprietà.

La proprietà è un diritto, in virtù del quale una cosa è sottomessa, nel complesso delle sue relazioni, alla volontà di una persona. Il proprietario ha la possibilità giuridica di disporre della cosa sua, come più gli aggrada, e di impedire che altri dispongano della medesima. Tuttavia può darsi che su quella cosa competano ad altri dei diritti, senza che perciò sia distrutto il concetto di proprietà. Nè lo distrugge la circostanza che la legge impone delle restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, nella stessa guisa che non resta distrutto il concetto della libertà pel semplice fatto che noi dobbiamo eseguire gli obblighi corrispondenti ai diritti di altre persone, e siamo soggetti alle prescrizioni generali della legge.

Oggetto della proprietà sono le cose corporali e le università di cose. Le cose incorporali, come, per esempio, i crediti, non

[1] Art. 685, Cod. civ.

sono suscettive di proprietà. Anche il diritto d'autore sulle produzioni dell' ingegno non cade sotto il concetto di proprietà.[1]

## § 58.

### Restrizioni legali al diritto di proprietà.

La legge impone all' esercizio del diritto di proprietà alcune restrizioni, in conseguenza delle quali il proprietario è costretto a non fare od a soffrire qualche cosa. — Le principali restrizioni sono le seguenti:

*Corso delle acque.* — Il proprietario del fondo inferiore deve soffrire che le acque del fondo superiore scorrano sul suo, quando vi si scaricano naturalmente, sebbene vi rechino danno, e viceversa il proprietario del fondo superiore non può esigere alcuna opera per la quale venga mutato il corso delle acque, a pregiudizio del fondo inferiore.[2]

*Accesso forzato.* — In generale il proprietario deve permettere che altri si rechi nel di lui fondo in ogni caso in cui sia riconosciuta la necessità, sia per riparare un muro od altra opera, sia per raccogliere quello che fosse in esso caduto, salvo però al proprietario medesimo il diritto di ritenzione sugli oggetti caduti pel danno che avesse risentito.[3] In particolare poi in quanto ai frutti, il proprietario del fondo deve permettere al vicino di raccogliere ogni terzo giorno, cioè a giorni alternati, i frutti che dal di lui albero caddero nel proprio fondo; e quando il proprietario del fondo vi si rifiutasse, il vicino, per raccogliere i suoi frutti, potrebbe invocare l' *interdictum de glande legenda.*[4]

*Passaggio forzato.* — Il proprietario è obbligato a permettere il passo sul proprio fondo a chi non avrebbe altrimenti accesso sul proprio.[5]

---

[1] Vedi la stupenda memoria di ALESSANDRO MANZONI, inserita nella *Gazzetta dei Tribunali di Milano*, Serie II, Anno II, pag. 675, 689, 724, 745 e 769. — L' art. 437 del nostro Codice civile dispone che le produzioni dell' ingegno appartengono ai loro autori secondo le norme stabilite dalla legge speciale del 25 giugno 1865.

[2] Fr. 1 e 2 de apua et aquæ pluviæ arc. 39, 3 comb. col fr. 8, § 5 si serv. vindi. 8, 5; Cod. civ. 536 e seguenti.

[3] Fr. 7 § 1 e 2; fr. 9 § 2, de damno inf. 39, 2: Cod. civ. art. 592.

[4] Fr. 1 de glande legenda, 43, 28.

[5] Questa proposizione generale fu una estensione fatta dalla giurisprudenza di una regola che per un caso singolare occorre nel diritto romano, cioè pel caso in cui mancava

*Rapporti di vicinanza.* — Il proprietario di un fondo deve lasciare fra questo e quello del vicino uno spazio, che è di due piedi e mezzo quando separa due edifizi, e di cinque piedi quando separa due fondi a coltura.[1] — Non è permesso piantare alberi verso il confine del vicino a distanze minori di quelle determinate dalla legge.[2] — Il proprietario di un edifizio, sul quale sporge un albero altrui, può esigere che quegli cui l'albero appartiene lo tagli, altrimenti può tagliarlo da sè ritenendosene il legname. Se l'albero sporge sull'altrui fondo *rustico*, il proprietario dell'albero è obbligato a tagliare i rami fino all'altezza di quindici piedi da terra, e se non lo fa è permesso al proprietario del fondo sul quale sporge di tagliarli da sè e di ritenersi le legna.[3] Il proprietario non è neppure obbligato a soffrire sul proprio fondo le radici degli alberi del vicino, nè gli alberi stessi che il vento vi avesse ripiegati.[4]

## § 59.

### Condominio (comproprietà).

Abbiamo detto che il proprietario può disporre della cosa sua come più gli aggrada, ed impedire che altri ne disponga. Di quì viene che due o più persone non possono avere, ciascuna, la piena proprietà della cosa stessa.[5] Una stessa cosa però può appartenere in comune a due o più persone.[6] In tal caso tutti insieme i comproprietari sono padroni della cosa: nessuno è padrone esclusivo della cosa intiera, come nessuno è padrone di una certa e determinata parte della cosa stessa. Di quì deriva che nessuno può disporre della cosa comune o di una parte reale senza il con-

l'accesso al sepolcro (fr. 12 de relig. 11, 7). Secondo il Codice civile italiano (art. 598 e seguenti) il proprietario è tenuto a dare il passaggio pei suoi fondi alle acque che altri volesse condurre, onde servirsene per le necessità della vita, per gli usi agrari od industriali.

[1] F. 14 de serv. præd. urb. 8, 2; fr. 13, fin. reg. 10, 1.

[2] Fr. 13, fin. reg. 10, 1, Cod. civ. art. 579 e seg.

[3] Fr. 1 § 7 e 8 de arb. caed. 43, 27; Cod. civ. art. 582.

[4] Fr. 6 § 2 de arb. f. c. 47, 7 e fr. 2 de arb. caed. 43, 27.

[5] Fr. 5 § 15 comm. 13, 6: " Duorum in solidum dominium esse non potest. "

[6] Fr. 5 de stip. serv. 45, 3: " Servus *communis* sic omnium est, non quasi singularum totus, sed *pro partibus* utique *indivisis*, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. " (Vedi più sopra § 17, pag. 77, e la nota 2 ivi).

senso degli altri comproprietari.[1] Ciascuno però può disporre del suo diritto di comproprietà; può alienarlo, cederlo, ipotecarlo;[2] come ciascuno può altresì invocare la divisione della cosa comune, mendiante l'azione *communi dividundo.*[3]

## § 60.

### Storia del dominio presso i Romani.

I Romani non riconoscevano in origine che una sola specie di dominio, cioè il dominio civile o quiritari o (*dominium ex iure Quiritium*). Chi teneva una cosa come sua, senza averno il dominio quiritario, era un semplice possessore.[4] Sotto la repubblica, però, sorse la necessità di ammettere una seconda specie di dominio, il dominio pretorio (*in bonis esse*), conosciuto sotto il nome di dominio bonitario.[5] Per tal modo si potevano verificare le seguenti tre combinazioni: si poteva avere il pieno dominio sopra una cosa, cioè tanto il dominio civile quanto il dominio pretorio *(plenum ex iure Quiritium);* si poteva avere il nudo dominio civile senz'averne il pretorio (*nudum ius Quiritium*), e finalmente si poteva avere soltanto l'*in bonis*, cioè, il dominio pretorio, ossia bonitario.[6] Da queste due specie di dominio vanno poi distinte la proprietà dei peregrini e la proprietà sui fondi provinciali, di cui pel diritto pubblico dei Romani il dominio apparteneva allo Stato ed ai privati soltanto il possesso e l'usufrutto.[7]

---

[1] Fr. 28 comm. div. 10, 3: " Sabinus *in re communi neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse.* Unde manifestum est, prohibendi ius esse; *in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.* „ È però in facoltà di ciascuno di provvedere alla conservazione della cosa comune, anche senza il consenso degli altri condomini (fr. 4 § 3 1, c.).

[2] Non potrebbe però concedere ad altri un diritto reale *indivisibile* (come sarebbe una servitù prediale) sulla cosa comune, perché intaccherebbe il diritto degli altri (fr. 2 de serv. 8, 1).

[3] Vedi più sotto, libro IV, capo 4 (quasi contratti).

[4] Gai II, 40: " Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium: ita aut dominus quisque est, aut dominus non intelligitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: *aut enim ex iure Quiritium unus quisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus.* „

[5] Gai, ivi: " *Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.* „

[6] Gai. I. 54: " Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium: nam *vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure* cuiusque servus esse intelligitur.... „ (Vedi la nota precedente).

[7] Gai. II, 7.

Plenum dominium ex iure Quiritium. — Chi aveva tanto il dominio civile quanto il dominio pretorio sopra una cosa, aveva il pieno godimento di tutti i diritti di proprietà, e sopratutto, per mantenere il suo diritto, un' azione reale, esperibile contro qualunque detentore, chiamata *rei vindicatio*, la cui conclusione principale (*intentio*) era: *hanc rem meam esse aio ex iure Quiritium.* Ma affinchè una cosa potesse essere detta propria *ex iure Quiritium*, era necessario il concorso di tre condizioni, cioè capacità nella persona, idoneità nella cosa e legittimità del modo di acquisto.

*Capacità della persona.* — Del dominio civile erano capaci le persone che godevano del *commercium iuris civilis*, cioè i cittadini romani e i latini e quei peregrini che avessero ottenuto il *commercium* per eccezione e per grazia speciale.[1]

*Idoneità della cosa.* — Soltanto le cose soggette al commercio del diritto civile potevano formare oggetto del dominio quiritario, cioè le cose mobili e i fondi italici, ma non i fondi provinciali.[2]

*Legittimità del modo di acquisto.* — Per acquistare legittimamente il dominio civile, bisognava adoperare un modo d' acquisto riconosciuto come efficace a quest' uopo dalle leggi civili. I modi legittimi d' acquisto delle *res mancipi* erano principalmente la *mancipatio*, la *in iure cessio* e l' *usucapio*:[3] delle *res nec mancipi* la consegna, *traditio*, accompagnata da una *iusta causa*.

In bonis esse, in bonis habere (*dominio bonitario*). — Avevasi invece il dominio bonitario, quando esistevano le due prime condizioni del dominio quiritario (*commercium* nella persona e idoneità della cosa) ma faceva difetto la terza, un legittimo modo d'acquisto. La proprietà acquistata con mezzi d'acquisto o naturali o pretori, non riconosciuti in certi casi come abili a fare acquistare il dominio quiritario, era nonostante quel difetto tutelata con azioni speciali: e da quì nasceva la possibilità della duplicità del dominio. Così se taluno acquistava una *res mancipi* senza le forme solenni della *mancipatio* o dell' *in iure cessio*, ma colla semplice consegna, *traditio*, non ne acquistava il dominio civile, ma soltanto il dominio bonitario. Questo dominio bonitario poteva, è vero, tramutarsi mediante l' usucapione in dominio civile; ma finchè questa non era compiuta, il trasferente conservava il *nudum ius Quiri-*

[1] Vedi più sopra § 6.

[2] I fondi provinciali eran soggetti ad un'imposta fondiaria, tributo o stipendio, secondo i casi, d'onde il nome di *praedia tributaria* e *stipendiaria* (Gai. II, 21).

[3] Della *mancipatio* ed *in iure cessio* parleremo nel § seguente, a pag. 158 e 159.

*tium*,[1] e conservandolo poteva valersi di tutte le azioni inerenti al medesimo, e specialmente della *rei vindicatio*. Qualora però egli l'avesse intentata contro l'acquirente, questi gli avrebbe potuto opporre una *exceptio doli (rei venditae et traditae)*.[2] E non solo poteva l'acquirente difendersi, mediante questa eccezione, contro la rivendicazione dell'alienante e dei successori universali e singolari, ma egli aveva altresì un'azione reale, una *utilis rei vindicatio* (Publiciana actio), per reclamare la cosa sua da qualunque terzo detentore.[3] Per tal modo il dominio bonitario conferiva tutti i vantaggi materiali derivanti dalla proprietà,[4] e non è che sotto certi aspetti che i diritti del padrone bonitario erano ristretti e limitati.[5]

Nudum ius Quiritium. — Quando una cosa era dunque *in bonis* di taluno, al trasferente, che l'aveva nel suo dominio civile, non rimaneva che il *nudum ius Quiritium*. Ora, siccome i vantaggi materiali derivanti dalla proprietà spettavano tutti al padrone bonitario, così potrebbe dirsi che esso si riduceva ad un dominio di mera forma. Tuttavia sappiamo come non rimanesse privo di ogni efficacia civile. E difatti, come si è già osservato, chi aveva il *nudum ius Quiritium* poteva rivendicare la cosa da qualunque terzo detentore che non fosse il padrone bonitario od un di lui

---

[1] Gai. II, 41: " Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tua ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias. "

[2] In origine quest'eccezione non poteva opporsi che contro la persona del trasferente e contro i suoi successori a titolo universale, ma in seguito fu ammessa anche contro i suoi successori a titolo singolare, come risulta dal fr. 3 *de exc. rei vend. et trad.* (21, 3): " Exceptio rei venditæ non tantum ei, cui tradita proderit; interest enim emtoris primi, secundo rem non evinci. § 1. *Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius, sine in eam dumtaxat rem successerint* "

[3] Fr. 23 pr. de rei vind. 6, 1. L'acquirente poteva sperimentare questa sua azione reale anche nel caso che la cosa da lui acquistata fosse passata nel possesso del trasferente, e se questi si difendeva colla *exceptio iusti dominii*, egli poteva, alla sua volta, opporre la *replicatio doli* (*rei venditae et traditaes*).

[4] Il padrone bonitario aveva il pienissimo diritto di godere della cosa (*ius utendi fruendi)*, di alienarla, e di acquistarne mediante l'usucapione il pieno dominio civile (Gai. II, 41 e 204). Egli solo aveva la *potestas dominica* sugli schiavi (Gai. I, 54), e per conseguenza spettavano a lui gli acquisti dei medesimi (Gai. II, III, 266; Ulp. XIX, 20).

[5] Così, per esempio, non poteva il padrone bonitario valersi della *rei vindicatio*, nè far uso dei modi civili di trasferimento, quali sono la *mancipatio*, la *in iure cessio* e il *legatum per vindicationem*, nè costituire servitù civili sulle cose soggette al suo dominio bonitario; e gli schiavi da lui manomessi non diventavano cittadini romani, ma soltanto latini. (Vedi più sopra, § 5, pag. 48, nota 2 e 3).

successore; egli poteva alienare il suo diritto e trasmetterlo a' suoi eredi; egli poteva mediante la *iteratio* rendere cittadino romano chi non era che semplice latino, e finalmente aveva la tutela legittima sull' ancilla che per manomissione non aveva ottenuto se non la libertà latina.[1] Non è però da dimenticarsi che il *nudum ius Quiritium* era un diritto affatto transitorio dappoichè esso non durava che sino a tanto che il padrone bonitario non avesse acquistato il dominio quiritario per usucapione.[2]

Il dominio secondo il diritto giustinianeo. — Ai tempi di Giustiniano anche le poche differenze reali tra dominio quiritario e bonitario erano sparite da lungo tempo, dappoichè non aveva più nessun significato la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi*, e perfino la *latina libertas* era stata abolita. Giustiniano adunque potè toglier di mezzo anche formalmente tutte quelle vecchie distinzioni che ormai non avevano più alcuna pratica importanza.[3] Del resto questo processo di semplificazione non si era verificato soltanto riguardo al dominio romano; ma dopochè si era concessa la cittadinanza a tutti i sudditi dell' impero e si erano equiparati i fondi provinciali agli italici, anche la terza specie di proprietà dei non cittadini e sui fondi provinciali era venuta a cadere. Così nel diritto giustinianeo il dominio è tornato alla primitiva unità. D' ora in poi tutte le cose, che non sieno intieramente sottratte al commercio, possono aversi in proprietà; la consegna (*traditio*) produce gli stessi effetti della *mancipatio* e dell' *in iure cessio;* la usucapione si applica ai fondi provinciali non meno che ai fondi italici: in una parola la nuova proprietà, coi requisiti del dominio bonitario, produce tutti gli effetti civili del pieno dominio quiritario.

Anche il codice civile patrio riconosce una sola proprietà, e la definisce: *il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti.*

---

[1] Gai. I, 167.

[2] Gai. II, 41 e 204.

[3] Const. unica *de nudo iure Quiritium tollendo* (VII, 25), e const. un *de usucapione transf. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi* (VII, 31).

## § 61.

### Modi d'acquisto della proprietà.

I modi d'acquisto della proprietà si distinguono in originari e derivativi;[1] in modi d'acquisto a titolo singolare ed a titolo universale,[2] e in modi d'acquisto civili e naturali, secondochè derivano dall'*ius civile* o dall'*ius gentium.*[3] Alle acquisizioni civili appartengono la *mancipatio*, la *in iure cessio*, l'*adiudicatio*, la *lex*, l'*emptio sub corona*, la *bonorum sectio* e l'*usucapio;* ai modi naturali l'occupazione, la tradizione, l'accessione, la specificazione, la percezione e separazione dei frutti, la confusione e la commistione.

L'aggiudicazione e l'usucapione si sono conservate anche nel diritto nuovo e si esporranno nei paragrafi successivi insieme ai modi naturali d'acquisto: qui ci limiteremo a parlare brevemente di quelle acquisizioni del diritto civile che sono già antiquate nel diritto giustinianeo.

*Mancipatio.* — La *mancipatio* era una vendita simbolica, fatta alla presenza di cinque téstimoni, cittadini romani, puberi, che rappresentavano le cinque classi in cui era diviso il popolo romano, e di altro cittadino, detto *libripens*, che teneva una bilancia, sulla quale era posta una moneta di rame che era data come prezzo a colui che trasferiva la proprietà della cosa.[4] La mancipazione non era applicabile che alle *res mancipi.*[5] Le cose mobili dovevano essere presenti, ed essere prese e mancipate ad una ad una; gli

---

[1] Vedi più sopra § 22, pag. 84.

[2] Vedi più sopra § 23, pag. 85.

[3] S'insegna da taluni che le acquisizioni naturali non fossero idonee a fare acquistare i dominio civile, ma solo il dominio bonitario. Ques'opinione non può accettarsi, dappoichè (come insegna Gaio IV, 16) la occupazione, modo naturale d'acquisto, era il modo più valido ed efficace per acquistare la proprietà, e la *traditio*, modo egualmente naturale, era sufficiente a trasferire la proprietà civile delle cose non mancipabili (Ulp. XIX, 1).

[4] Gai. I, 119: " Est autem mancipatio imaginaria quædam venditio; eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, æs tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS EST HOC AERE AENEAQUE LIBRA, deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco. "

[5] Vedi più sopra § 21, p. 81, e § 5, p. 45 e 46.

immobili invece potevano manciparsi anche da lontano, ed una sola mancipazione bastava, ancorchè si volessero alienare più immobili insieme, e sebbene questi fossero situati in luoghi diversi, purchè fosse ben precisato il fondo.[1] Nel determinare la cosa, che formava oggetto della mancipazione, si potevano pattuire determinate qualità, comprendervi o escludervi parti accessorie, pertinenze e diritti.[2] Le parti potevano inoltre aggiungere alla mancipatio convenzioni verbali che avevano forza obbligatoria fra le parti, in base al principio posto dalla legge delle dodici tavole: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*[3] La *mancipatio*, veniva adoperata non solo per trasferire la proprietà, ma anche per costituire servitù rustiche che erano comprese fra le *res mancipi*[4] e perfino per dar vita a certi rapporti o poteri di diritto famigliare, come la *manus* e il *mancipium*, e indirettamente anche per creare od estinguere la patria podestà.[5] Essa si trova finalmente come atto completamente simbolico nell' antico testamento *per æs et libram.*[6]

*In iure cessio.* — Come la *mancipatio* era il trasferimento della proprietà sotto la garanzia del popolo romano rappresentato da cinque cittadini, così la *in iure cessio* si faceva sotto quella del magistrato del popolo romano: la prima era una vendita simbolica, la seconda una simbolica rivendicazione. L' acquirente e l' alienante comparivano dinanzi al pretore: quegli sosteneva che la cosa era sua, pronunciando la formula della rivendicazione (*hanc ego rem meam esse aio ex iure Quiritium*); questi non si opponeva, ma o taceva o espressamente acconsentiva; ed il pretore aggiudicava la cosa al rivendicante.[7] L' *in iure cessio*, a differenza della mancipa-

---

[1] Gai. I, 121; Ulp. XIX, Isid. *Orig.* V, 25-6. Qui giova osservare che la *mancipatio* non importava necessariamente il prendimento di possesso, poichè il trasferimento del possesso era un atto separato e distinto dalla mancipazione (Gai. IV, 131; *Donatio Syntrophi* in Zell n. 1779).

[2] Ecco alcuni esempî di simili aggiunte: *fundus uti optimus maximus* (Brisson. de formulis VI, 35); *cum istrumento, cum doliis, cum peculio* (ivi, 41 e VI, 12) *detracto usufructu* (Fragm. Vat. 47, 50, 80); *recepta servitute, receptis rutis caesis* (ivi VI, 27).

[3] Festus v. Nuncupatam. Vedi gli esempi di simili convenzioni in Brisson l. c. e in Zell *Inscript.* 1779, 1780, 1784 e 1785.

[4] Gai. II, 29.

[5] Gai. I, 117, 118, 123, 132, 134 e 135. Vedi più sotto lib. IV, c. 2.

[6] Gai. II, 103-105. Vedi più sotto, lib. V, c. 2.

[7] Gai. II, 24. Vedi più sopra, pag. 46, nota 4.

zione, era applicabile anche alle *res nec mancipi* ed alle cose incorporali.[1]

*Sectio*, *venditio sub hasta*, *emtio sub corona*. — I beni caduti in dominio dello Stato o per condanna criminale, o per conquista, o perchè rimasti vacanti, venivano pubblicamente venduti al maggiore offerente. In origine questi beni si vendevano nel loro complesso, come *universitas*, lasciando poi la cura della partizione dei medesimi al compratore, che appunto per ciò chiamavasi *sector*.[2] Questa pubblica vendita chiamavasi *bonorum sectio*, od anche *sub hasta venditio* dalla lancia (*hasta*), simbolo del dominio civile, che era alzata nel luogo in cui la vendita avveniva;[3] e siccome si faceva al maggiore offerente fu pure detta *auctio*. La pubblica vendita dei prigionieri di guerra si conosceva anche sotto il nome di *emptio sub corona*, probabilmente perchè i prigionieri, esposti pubblicamente in vendita, avevano cinto il capo di una corona.[4] Nell'epoca imperiale, i beni dello Stato non si vendevano più in complesso, come una *universitas*, ma oggetto per oggetto alla spicciolata, per cui cessò anche il nome di *sectio bonorum*, e venne in uso quello di *subhastatio*,[5] nome che si è conservato anche nei moderni codici.

*Lex*. — Ulpiano cita finalmente la *legge* come un altro modo d'acquistare il dominio.[6] Sotto questo nome egli comprende tutti i casi nei quali la proprietà passa da un individuo ad un altro in conseguenza di una disposizione legislativa, senza bisogno di speciale atto d'acquisto.[7]

## § 62.

### Acquisto del dominio per occupazione.[8]

L'occupazione è la presa di possesso di una cosa in commercio senza padrone.[9] Tre sono i requisiti per acquistare la proprietà di una cosa senza padrone, cioè 1° che la cosa sia capace

---

[1] Gai. II, 28-30.
[2] Gai. IV, 146. — *Sectio* viene appunto da *secare*, cioè partire.
[3] Gai. IV, 16; Fragm. Vat. § 37; Cod. Theod. X, 17; Festus, v. *Hasta*.
[4] Gell. VII, 4; Festus, v. *Sub corona*.
[5] Const. 16, Cod. IV, 44; c. 4. Cod. X, 3; Cod. Th. X, 17.
[6] Ulp. XIX, 2.
[7] Esempi si leggono in Ulp. XIX, 17.
[8] V. Arndts-Serafini; *Pand.* § 120.
[9] " Quod ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. " (§ 12 de rer. div. 2, 1).

di dominio; 2° che non appartenga a nessuno (*res nullius*); 3° che se ne prenda possesso coll'intenzione di farla propria. *Res nullius* o come tali considerate sono nel diritto romano gli animali selvatici, i prodotti del mare e delle coste, le isole sorte, o scoperte nel mare, le cose derelitte, il tesoro, le *res hostium*.

*Occupazione degli animali selvatici.* — Essa comprende la caccia (*venatio*, *aucupium*) e la pesca. Gli animali selvatici che non si trovarono mai o non si trovano più nel possesso altrui sono cose di nessuno, e come tali cedono al primo occupante.[1] Nè importa che l'animale si trovi nel nostro o nell'altrui fondo; non è però lecito di introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del possessore.[2]

*Invenzione.* — Per invenzione s'intende l'occupazione di cose inanimate che non abbiano avuto mai padrone o che furono dal padrone abbandonate coll'animo di non volerle più per sè. Per essa si acquistano le gemme, le pietre preziose, i coralli e simili altri oggetti trovati sul lido o nel fondo del mare; le isole che si formano nel mare; tutte le cose insomma che non sono ma possono venire in proprietà di alcuno.[3] Le cose smarrite, e quelle gettate in mare al solo scopo di alleggerire la nave in pericolo, non sono oggetto di occupazione, poichè hanno ancora un padrone.[4]

Alle cose di nessuno appartiene anche il tesoro, che è definito: *qualunque oggetto mobile di pregio, che sia nascosto o sotterrato, e del quale nessuno possa provare di essere padrone.*[5] Chi trova il tesoro nel fondo proprio, ne è proprietario assoluto; se il tesoro si trova nel fondo altrui, purchè sia stato scoperto per solo effetto del caso, spetta per metà al proprietario del fondo, ove fu trovato, e per metà all'inventore; che se il tesoro venne trovato in seguito di indagini fatte a bella posta, esso spetta per intiero

---

[1] Fr. 1, § 1, de acq. rer. dom. 41, 1: Cod. civ. art. 711.

[2] Fr. 3, § 1, de acq. rer. dom. 41, 1; Cod. civ. art. 711 e 712.

[3] § 18 e 22, de rer. div. 2, 1; fr. 7, § 3, de acq. rer. dom. 41, 1; Cod. civ. art. 711.

[4] Chi si appropria una cosa perduta, commette un furto (fr. 43, § 4-9 de furtis 47, 2). L'art. 715 del Cod. civ. dispone che chi trova un oggetto mobile che non sia tesoro, deve restituirlo al precedente possessore; e se non lo conosce, deve senza ritardo consegnarlo al sindaco del luogo dove lo ha trovato. Per ciò che risguarda il getto delle merci, vedi § 48 Inst. de rer. div. 2, 1; fr. 8, de lege Rhodia 14, 2, e il Codice di commercio, art. 519 e seg.

[5] Cod. civ. art. 714. Il fr. 31, § 1, de acq. rer. dom. 41, 1, così definisce il tesoro; " vetus quædam depositio *pecuniae* cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat. "

al proprietario del fondo, ove fu trovato.[1] Gli stessi principî si applicano nel caso che il tesoro sia stato trovato in una cosa mobile.[2]

*Occupazione bellica.* — I Romani consideravano i nemici come fuori del diritto, come privi della capacità giuridica: onde la regola che il nemico e le cose sue erano oggetto di occupazione.[3] Gl' immobili presi al nemico diventavano proprietà dello Stato;[4] le cose mobili invece appartenevano al primo occupante, salvochè non le avesse tolte al nemico in servizio dello Stato.[5] Per reciprocanza, i Romani riconoscevano che il nemico diventasse proprietario delle cose loro, da lui occupate.[6] Secondo i principî del diritto internazionale moderno le proprietà private dei cittadini delle nazioni belligeranti non sono oggetto di occupazione.

## § 63.

### Della specificazione.

La specificazione è la trasformazione sostanziale di una cosa. Mediante essa si imprime alla materia una nuova forma, in modo ch' essa appare come un oggetto nuovo. La specificazione, considerata come modo d' acquisto della proprietà, non ha importanza giuridica se non quando lo specificatore abbia trasformato la materia altrui. In questo caso è importante decidere, se l' oggetto trasformato appartenga al proprietario della materia, o allo specificatore. I Sabiniani opinavano che la forma dovesse cedere alla materia, e per conseguenza che il proprietario della materia dovesse risguardarsi come proprietario della nuova specie. I Proculeiani invece davano più importanza alla forma, perchè sembrava loro che l' antica materia fosse sparita colla creazione della nuova specie, e sostenevano quindi che la proprietà dell' oggetto specificato dovesse in ogni caso appartenere all' artefice. Altri giureconsulti facevano una distinzione, e secondochè la nuova specie

---

[1] Cod. civ. art. 714: § 39 de rer. div. 2, 1.
[2] Fr. 67, de rei vind. 6, 1. Vedi Windscheid, *Pand.* § 184.
[3] Fr. 5 § 7 de acq. rer. dom. 41, 1; Gai. IV, 16.
[4] Fr. 20 § 1, de captivis 49, 15.
[5] Fr. 51 § 1, de acq. rer. dom. 41, 1; fr. 12 pr. de capt. 49, 15.
[6] Fr. 5 § 1, de acq. rer. dom. 41, 1.

si poteva o non si poteva ridurre al pristino stato, davano la preferenza al proprietario della materia o allo specificatore.[1] Giustiniano adottò quest'opinione intermedia e stabilì le massime seguenti: Se la nuova specie può essere restituita all'antico stato, appartiene al padrone della materia;[2] in caso contrario allo specificatore;[3] quando poi questi abbia impiegato in parte materia propria e in parte materia altrui, diventa proprietario della nuova specie anche nel caso che questa possa ridursi all'antica forma.[4] Tuttavia, perchè lo specificatore acquisti la proprietà della nuova specie, si richiede in amendue i casi ch'egli abbia agito in buona fede.[5] In ogni caso lo specificatore che acquisti la proprietà della

---

[1] Fr. 7 § 7, de acq. rer. dom. 41, 1.

[2] Il vaso di bronzo, per esempio, siccome può essere colla fusione ritornato a massa di bronzo, appartiene al proprietario del bronzo (§ 25 de rer. div. II, 1; fr. 24 de acq. rer. dom. 41, 1).

[3] Il vino fatto colle uve altrui, l'olio fatto coll'altrui olive, il vaso di marmo ed altre simili cose che non possono ritornare all'antica forma, spettano allo specificatore (§ 25 de rer. div. II, 1; fr. 5, § 1 de rei vind. VI, 1; fr. 7, § 7 de acq. rer. dom. 41, 1).

[4] Ciò risulta in modo chiaro dalle parole finali del § 25 de rer. div. II, 1: " Quod si *partim ex sua materia, partim ex aliena* speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, DUBITANDUM NON EST, HOC CASU EUM ESSE DOMINUM, QUI FECERIT, *quum non solum operam suam dedit, sed et partem eius materiæ præstavit.* „ Ad onta di questo esplicito testo, insegnano alcuni autori (fra quali Vinnio, Struvio, Lauterbach, Puchta, Vangerow, Arndts, Böchking, Barinetti ec.) che anche in tale caso si debba distinguere, se la nuova specie possa o non possa ridursi all'antica forma; ma il testo riferito di Giustiniano ci sembra troppo esplicito per la nostra opinione, specialmente quando lo si raffronti colla parafrasi di Teofilo, il quale, come è noto, è stato uno dei compilatori delle istituzioni. Il fr. 5, § 1 de rei vind. VI, 1, su cui si fonda l'opinione contraria, non entra nella materia della specificazione, ma della commistione. Lo stesso dicasi del fr. 12, 12, § I de acq. rer. dom. 41, 1, poichè anche qui si allude alla commistione fatta da un terzo che non era proprietario nè dell'una nè dell'altra materia dalle quali è stata composta la nuova specie.

[5] Vedi fr. 13 e 14 § 3 de cond. furt. (13, 1); fr. 4 § 20 de usurp. (41, 3) e fr. 52 § 14 de furti 47, 2, ove è detto che i lavori fatti in mala fede colla materia altrui sono cose furtive, che possono essere reclamate dal *proprietario* colla *condictio furtiva.* Alcuni autori, fra cui il sommo Vangerow, insegnano che anche lo specificatore di *mala fede* acquista la proprietà, per la ragione principalissima che la specificazione è una specie di occupazione, e questa non richiede nè punto nè poco la buona fede: ma i testi succitati stanno evidentemente in appoggio della nostra opinione. — Altri autori infine, come per esempio Arndts, richiedono la buona fede dello specificatore nel solo caso che egli abbia lavorato materia tutta aliena, ma non quando abbia adoperato materia in parte propria e in parte altrui per fare la nuova specie. A noi pare che quando lo specificatore abbia *in mala fede* adoperato in parte cosa altrui e in parte cosa propria, la nuova specie appartenga in comune ai due proprietarî delle materie lavorate in ragione del valore delle respettive materie. (Donnell. *Comm.* lib. IV, cap. 12 § 5; Windscheid, *Pand.* § 187, nota 2 e 4; Fitting nell'*Archivio per la pratica civile* vol. 48, p. 343. Vedi pure la glossa *dominum* ad § 25 Inst. de rer. div. II, 1).

nuova specie ha l' obbligo di compensare il proprietario della materia, secondo i principî dell' indebito arricchimento.[1]

Il Codice civile si allontanò alquanto dal diritto romano, e stabilì le seguenti regole. Se l' artefice ha adoperato tutta materia altrui per formare una nuova specie, il proprietario della materia ha diritto alla nuova specie, senza distinzione se questa possa o non possa ridursi all' antica forma; se al contrario ha adoperato materia in parte propria e in parte altrui per formare una nuova specie, senza che nè l' una nè l' altra delle due materie sia intieramente trasformata, ma in modo che l' una non possa separarsi dall' altra senza guasto, la cosa rimane comune ai due proprietari, riguardo all' uno in ragione della materia che gli apparteneva, e riguardo all' altro in ragione e della materia che gli apparteneva e del valore della mano d' opera; quando però la mano d' opera sia tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia adoperata, dev' essere considerata come principale, e l' artefice ha diritto di ritenere la cosa. È da notare in fine che quando il diritto alla nuova specie spetta al proprietario della materia, questi deve rimborsare l' artefice del prezzo della mano d' opera; e quando quel diritto spetta all' artefice, questi deve pagare al proprietario il prezzo della materia.[2]

## § 64.

### Della consegna (traditio).

La consegna o tradizione è il trasferimento del possesso di una cosa da una persona ad un' altra. Essa è il più importante dei modi d' acquisto a titolo singolare, perocchè è principio del diritto romano che la sola volontà delle parti contraenti non basta per trasferire la proprietà di una cosa, ma si richiede inoltre

---

[1] Questo principio non è espresso in termini espliciti nelle fonti, e quindi non è ammesso da tutti; ma oltrechè corrisponde ai principî generali del diritto, esso è implicitamente contenuto nei seguenti testi: fr. 23 § 4 e 9 de rei vind. (6, 1); fr. 23 de reb. cred. (12, 1); Gai. II, 79 comb. col § 26 delle Ist. II, 2 e Theoph. ad h. l. Vedi anche Arndts § 155; Windscheid § 187; Vangerow § 310.

[2] Su tutto ciò vegg. gli art. 468-470 del Codice civile.

il trasferimento del possesso ossia la tradizione della cosa.[1] — Perchè la tradizione trasferisca la proprietà si richiedono le seguenti condizioni:

*La qualità di proprietario nel trasferente.* — Chi non è proprietario non può trasferire in altri la proprietà che manca a lui stesso.[2] Questa regola però soffre alcune eccezioni. La mancanza del dominio nel trasferente può essere supplita dal consenso precedente o susseguente del proprietario;[3] il creditore pignoratizio, vendendo la cosa oppignoratagli, ne trasferisce la proprietà;[4] da ultimo è principio singolarissimo del diritto romano che le alienazioni fatte dal fisco, dal Principe e dall' Augusta trasferiscono sempre la proprietà nell'acquirente, salvo all' antico proprietario un regresso personale contro l' alienante dentro quattro anni.[5] Se il non proprietario acquista in seguito la proprietà della cosa trasferita in altri, quest'ultimo non diventa per ciò proprietario, ma può difendersi contro la rivendicazione del primo coll' eccezione di dolo (*rei venditæ et traditæ*);[6] e qualora abbia acquistato la cosa in buona fede, può agire contro ogni terzo detentore e perfino contro lo stesso trasferente e suoi successori a titolo universale e singolare.[7] Lo stesso principio si applica al caso in cui il proprietario divenga erede di chi ha alienata la cosa senza esserne proprietario.[8] Infine avvertiremo che non tutti i proprietari hanno capacità di alienare, e per conseguenza di trasferire la proprietà mediante la tradizione. Ne mancano in generale i pupilli, i furiosi ed i

---

1 Const. 20 de pactis II, 3: " Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. „ Confr. fr. 50 pr. dei rei vind. 6, 1. Sulla massima contraria del nostro Codice civile, vedi pag. 168 e 190, e nota 4 ivi.

2 Fr. 20 pr. de acq. rer. dom. 41, 1: " Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert; si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. „

3 Fr. 9 § 4 de acq. rer. dom. (41, 1), fr. 38 § 1 de don. int. v. et ux. (24, 1). Appena giova avvertire che la consegna fatta da un legittimo rappresentante equivale alla consegna fatta dal proprietario stesso (§ 42 e 43 de rer. div. II; 1; fr. 41 de rei vind. 6, 1).

4 Fr. 46, de acq. rer. dom. 41, 1: " Non est novum, ut, qui dominium non habeat, alii dominium praebeat. Nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit. „

5 Const. 2 e 3 de quad. præscr. VII, 37.

6 Fr. 1 pr., fr. 2, 3 de exc. rei vend. et trad. 21, 3; fr. 72 de rei vind. 6, 7; fr. 4 § 32 de doli exc. 44, 4.

7 Vedi i testi citati nella nota precedente, e più sotto § 75.

8 Fr. 73 de evict. 21, 2; fr. 1 de exc. rei vend. 21, 3; c. 14 der. vind. 3, 32.

prodighi; i minori sono pure limitati quanto alla facoltà di alienare.[1]

*La consegna della cosa.* — La sola intenzione delle parti di trasferire e rispettivamente di acquistare il dominio non basta, ma è assolutamente necessario che l'intenzione sia esteriormente manifestata colla consegna effettiva della cosa. La consegna si verifica in tutte quelle maniere per le quali si trasferisce e si acquista il possesso. Se l'acquirente possedeva già in proprio nome, la consegna è supplita dal riconoscimento di questo stato di cose;[2] che s'egli possedeva in nome del trasferente, basta che questi gli permetta di possedere per sè.[3] Il proprietario di una cosa che vuole trasferirne la proprietà ad un altro, ritenendola in nome di quest'ultimo, può operare questa traslazione di proprietà mediante convenzione, senza bisogno di consegna e riconsegna: basta che dichiari di ritenere il possesso per l'acquirente *(constitutum possessorium).*[4]

*L'intenzione delle parti, di trasferire e rispettivamente di acquistare la proprietà della cosa.* — La semplice consegna della cosa disgiunta dall'intenzione di trasferire la proprietà, opera la traslazione del possesso, ma non quella della proprietà: perchè si verifichi anche questa, è necessaria la concorde volontà delle parti di trasferire e rispettivamente di acquistare la medesima.[5] Riguardo a questa volontà concorde delle parti sono da notarsi i seguenti punti: 1° La volontà d'ambe le parti deve essere diretta precisamente a quella cosa che viene consegnata;[6] 2° Non è necessario che la

---

[1] Vedi più sopra §§ 9, 24 e 29.

[2] Fr. 21 § 1 de acq. rer. dom. (41, 1): " Si rem meam possideas, et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit. "

[3] In questo caso si parla di una *traditio brevi manu* (vedi pag. 140).

[4] Vedi più sopra pag. 142, nota 3.

[5] Fr. 9 § 3 de acq. rer. dom. (41, 1); fr. 44 de obl. et act. 44, 7.

[6] Se per errore venisse consegnata una cosa diversa da quella che l'una o altra delle parti intendeva di alienare e rispettivamente di acquistare, non vi sarebbe trasferimento di proprietà (fr. 2 § 6 pro emtore 41, 4; fr. 36 de acq. rer. dom. 41, 1; fr. 34 pr. de acq. poss. 41, 2). In questo caso si parla di un *errore in corpore.* È questione fra gli interpreti se anche l'errore sulla proprietà sia un ostacolo al trasferimento della proprietà. A tal riguardo ci pare doversi stabilire i seguenti principî: Non è necessario pel trasferimento della proprietà che l'alienante conoscesse il suo diritto di proprietà; come del pari non è necessario che questo diritto fosse noto all'acquirente (fr. 9 § 4 de iur. et facti ign. 22. 6; fr. 4 § 1 de manumiss. vind. 40, 2; § II Inst. de legatis II, 20); ma se il tradente, credendo erroneamente che la cosa sua appartenga ad un altro, l'avesse a trasferire coll'intenzione di

volontà del trasferente sia diretta ad una persona determinata,[1] ma se è diretta ad una persona diversa da quella che ha la volontà di acquistare, la tradizione non opera traslazione di proprietà;[2] 3° La tradizione deve avere per fondamento un motivo giuridico *(causa traditionis)*, l'intenzione, cioè, o di donare, o di adempiere una obbligazione, o di darle vita;[3] ma non è punto necessario che esista una causa giusta e legale di trasferire e di acquistare la proprietà,[4] come del pari non è necessario che le parti *concordino nel motivo* pel quale l'una vuole trasferirla e l'altra acquistarla, quando in genere concordano *nella volontà di trasferirla e di acquistarla;*[5] 4° Questa volontà può essere sotto-

---

trasferire il dominio di questo supposto proprietario, la traslazione del dominio sarebbe invalida (fr. 35 de acq. rer. dom. 41, 1: " *Si procurator meus, vel tutor pupilli, rem suam, quasi meam vel pupilli alii tradiderit, non recessit ab eis dominium, quia nemo errans rem suam amittit*). " Lo stesso principio si applica al caso inverso, al caso cioè che il vero proprietario di una cosa, e che non sa di esserlo, incarichi il proprietario presunto di trasferirne la proprietà. Anche in questo caso non passa la proprietà all'acquirente, perchè il mandante, non sapendo di essere proprietario, non ha l'intenzione di trasferire il *suo* dominio, e il mandatario non è proprietario. Questo caso è contemplato nel fr. 15 § 2 de contr. emt. 18, 1: " *Si rem meam mihi ignoranti vendideris, et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius, dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire; et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit.* „ Non osta il fr. 49 mandati (17, 1), dappoichè qui è detto soltanto che quando il proprietario era obbligato a trasferire la proprietà a colui al quale la cosa venne consegnata dal mandatario, non ha il diritto di reclamarla. Spetta all'insigne prof. JHERING (*Jahrb.* II, 155) il merito di avere data la vera spiegazione di questo difficilissimo passo del giureconsulto Marcello. L'opinione di Jhering è stata accettata anche da Arndts, Windscheid e Vangerow.

[1] Così si spiega come il *iactus missilium*, che è una *traditio in incertam personam collocata*, faccia acquistare la proprietà a chi raccoglie le cose gettate (fr. 9 § 7 de acq. rer. dom. 41, 1). Così pure non osta al trasferimento della proprietà la circostanza che il tradente non sappia, se chi riceve la cosa voglia acquistare la proprietà per sè o per altri.

[2] Fr. 13 de donat. (39, 5); fr. 37 § 6 de acq. rer. dom. (41, 1); fr. 43 § 1 de furtis (47, 2). Se però l'acquirente non palesa l'intenzione di acquistare la cosa per una persona diversa da quella indicata dal trasferente, s'intende ch'egli si sia appropriata la dichiarazione del trasferente. (Vedi più sopra pag. 142).

[3] Fr. 65 § 4 ad Sc. Treb. 36, 1.

[4] Vegg. in proposito tutto il titolo *de condictione indebiti* (12, 6), e il fr. 5 § 1 de cond. sine causa (12, 7). Chi consegna ad altri una cosa che crede dovergli, ma che effettivamente non gli deve, ne trasmette la proprietà al ricevente, e questi ha soltanto l'obbligo *personale* di restituire ciò che ebbe indebitamente.

[5] Fr. 36 de acq. rer. dom. (41, 1). Il fr. 18 pr. de reb. cred. (12, 1), che sembra contradire a questa massima, dice soltanto che non passa la proprietà quando il ricevente non aveva l'intenzione di acquistare la proprietà, ma ricevette la cosa con altro intendimento; per esempio a titolo di deposito o di comodato. (Vedi la nostra dissertazione nell' *Archivio giuridico* I, pag. 51 e seg.).

posta ad una condizione: in questo caso, malgrado l'avvenuta tradizione, la proprietà non passa che dopo il verificarsi della condizione.[1]

Infine avvertiremo che il trasferimento della proprietà può essere nullo, perchè vi osti un divieto legale.[2]

Ci resta ora a parlare degli effetti della tradizione. Allorquando la tradizione riunisce i requisiti suesposti, ha per effetto di trasferire all'acquirente la proprietà della cosa consegnatagli; ma siccome nessuno può trasferire più di quel che ha, così il dominio passa all'acquirente nelle medesime condizioni, nelle quali si trovava presso il trasferente. Laonde se era limitato da servitù, ipoteche od altro diritto reale, passa con questa limitazione; ma per altra parte, se esistevano servitù attive ed altri diritti reali a favore della cosa trasferita, questi diritti competono al nuovo proprietario.[3] Vuolsi però avvertire che all'acquirente passano soltanto i diritti ed i pesi inerenti alla cosa (*iura in re*), non però le obbligazioni ed i diritti personali del trasferente. Di qui viene che se chi ha locato un fondo lo vende, prima che sia scaduto il termine della locazione, e lo consegna al compratore, questi non è obbligato a stare alla locazione, appunto perchè il diritto del conduttore non è un diritto reale, ma un diritto di credito che può far valere contro il locatore.[4]

Della tradizione secondo il Codice civile. — Il Codice civile, a differenza del diritto romano, dichiara che la proprietà si può acquistare *per effetto di convenzioni*,[5] e all'articolo 1448 dispone che « la vendita è perfetta *fra le parti*, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore *riguardo al venditore*, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, *quantunque non sia seguita*

[1] Fr. 38 § 1 de acq. poss. 41, 1; fr. 7 § 3 e fr. 9 pr. e § 1 de iur. dot. 23, 3.

[2] Const. 4, 8, 15 e 16 de praed. min. V, II; const. 1 de praed. dec. X, 33: const. 7 de agricol. XI, 47; fr. 1 de fundo totali XXIII, 5; fr. 5 § 14 e 15 de reb. uor, qui sub tet. sunt XXVII, 9: pr. Inst. quib. alien. licet II, 8.

[3] Fr. 20 § 1 de acq. rer. dom. 41, 1.

[4] Fr. 25 § 1 e fr. 32 loc. 19, 2. Il Cod. civ. dispone che, quando la locazione sia anteriore alla vendita e consti da atto pubblico o da scrittura privata, il compratore è tenuto a stare alla locazione (art. 1597). Da questa disposizione però non deriva, come pretendono alcuni, che pel nostro Codice il diritto del conduttore sia un diritto reale. (Vedi *Archivio giuridico* IV, p. 31, e V. fasc. 3) e Pescatore *Dottrine giuridiche* p. 118.

[5] Art. 710.

*ancora la tradizione della cosa.* »[1] Questo principio però soffre tali limitazioni da essere quasi distrutto. E difatti la traslazione della proprietà degli immobili non ha effetto di fronte ai terzi, senza la *trascrizione.* Laonde se taluno vendesse successivamente a due persone lo stesso fondo, acquisterebbe, di preferenza all' altro, la proprietà del fondo medesimo quello dei due compratori che fosse stato più sollecito a trascrivere il suo titolo.[2] La trascrizione (che è una specie di tradizione pubblica) è dunque necessaria di fronte ai terzi per la traslazione della proprietà. E quanto alle cose mobili vale il principio che il possesso produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo,[3] e che se la medesima cosa mobile fu successivamente alienata a due persone, quella fra esse a cui la cosa fu consegnata, è preferita all' altra, sebbene il suo titolo sia posteriore di data.[4]

§ 65.

**Dell' aggiudicazione.**

L' aggiudicazione è la sentenza, colla quale nei giudizi divisori, viene assegnata a ciascuno dei comproprietari la proprietà esclusiva di una parte materiale della cosa da dividersi, in surrogato della parte intellettuale che loro apparteneva sulla medesima. I giudizi divisori, nei quali appunto può aver luogo l' aggiudicazione, sono quelli di divisione di un' eredità *(actio familiæ erciscundæ)*, di rettificazione di confini *(finium regundorum)*, e di divisione di una cosa comune fra più condomini *(communi dividundo).* L' aggiudicazione è un modo speciale di acquistare il dominio, perocchè per essa ognuno dei condividenti acquista la

---

[1] Lo stesso è detto all' art. 1062 per la donazione accettata, la quale ha per effetto di trasferire la proprietà delle cose donate, senza necessità di tradizione.

[2] Art. 1932 e 1941. — Vedi più sopra pag. 157, nota 4.

[3] Art. 707. — Vedi anche più sotto § 69.

[4] Art. 1126. — Come si vede, *di fronte ai terzi,* non basta il contratto, ma è necessaria la tradizione. *Di fronte all' alienante* si ottiene il suo scopo coll' azione personale, e non era per nulla affatto necessario stabilire questo passaggio della proprietà per sola convenzione. Del resto, come mettere d' accordo l' art. 1448 coll' art. 1459 che dichiara nulla la vendita di cosa altrui? Se la proprietà passa per solo effetto della vendita al primo compratore, la vendita successiva dovrebbe esser nulla: in quella vece è precisamente la vendita successiva che vale, quando è avvenuta la consegna, o quando si è operata la trascrizione (art. 1126, 1932 e 1942).

cosa o la parte materiale che gli viene aggiudicata senza bisogno di tradizione, semprechè, s'intende, la cosa spettasse veramente ai condividenti.[1]

L'aggiudicazione può aver luogo anche nel caso che il pegno offerto in vendita non trovi alcun compratore (*impetratio dominii*),[2] e nel caso della *missio in possessionem damni infecti nomine*, di cui parleremo nella teoria dei danneggiamenti.

Da non confondersi coll'aggiudicazione è la sentenza con cui il giudice, nelle cause di proprietà, riconosce nell'attore l'invocato diritto di proprietà, poichè una simile sentenza non fa che riconoscere il dominio già esistente.[3]

## § 66.

### Dell'usucapione. Nozione e storia.

L'usucapione è un modo di acquistare il dominio di una cosa mediante il possesso della medesima protratto durante il tempo e colle condizioni prescritte dalla legge.[4] È un istituto reclamato dal pubblico bene, perchè senza di essa i dominî rimarrebbero sempre incerti; e d'altro canto è lasciato un termine conveniente al precedente proprietario per tutelare e far valere il suo diritto.[5]

Usucapione nel diritto civile antico. — Antichissima è l'origine dell'usucapione, e già nella legge delle dodici tavole trovasi disposto che la proprietà di un fondo si acquista col possesso di due anni, e delle altre cose col possesso di un anno.[6] L'usu-

---

[1] §§ 5-7 Inst. de off. iud. 4, 17; fr. 17 de usurp. 41, 3; Cod. civ. art. 684 e 984.

[2] Vedi il capo IV di questo libro; e Cod. proc. civ. art. 643, 644.

[3] Fr. 35 § 1 de rei vind. 6, 1, comb. con fr. 8 § 4 si serv 8, 5.

[4] Fr. 3 de usurp. 41, 3: " Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. "

[5] Fr. 1 de usurp. 41, 3: " Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. "

[6] Gai. II, 42: " Mobilium quidem rerum anno completur usucapio, fundi vero et ædium biennium, et ita lege XII tab. cautum est. " Veramente le dodici tavole non parlavano degli *edifici*, ma soltanto dei *fondi*, ma ben presto gli edifici vennero parificati ai fondi. Cic. *Top.* 4, 23: " quoniam *usus auctoritas fundi biennium est*, sit etiam ædium: at in lege ædes non appellantur et sunt *ceterarum omnium*, quarum *annuus est usus*. " Id. *pro Cæcina*, 19: " Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium: at utimur eodem iure in ædibus quæ in lege non appellantur. " E Ulpiano (XIX, 8) così definisce l'usucapione: " est dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii. "

capione si applicava specialmente ai seguenti casi, cioè: 1° per trasformare il dominio bonitario in dominio quiritario;[1] 2° quando la traslazione del dominio non era avvenuta per difetto di diritto nel tradente, sia che questi non fosse proprietario[2] o non avesse la capacità di alienare.[3] L'usucapione richiedeva le seguenti condizioni: il commercium nel subietto e nell'obietto e il possesso giuridico incominciato con giusta causa e in buona fede e protratto durante il tempo stabilito dalla legge.

*Commercium nel subietto.* — Per mancanza dell'*ius commercii* non potevano usucapire i peregrini.[4] Se un peregrino possedeva una cosa appartenente ad un cittadino romano, questi poteva sempre rivendicarla, dappoichè di fronte ai peregrini la proprietà non andava mai perduta.[5]

*Commercio nell'obietto.* — Di fronte all'usucapione non aveva alcun valore la distinzione delle *res mancipi* e *nec mancipi.* Però soltanto quelle cose che erano capaci di proprietà civile potevano essere usucapite. Erano quindi escluse dall'usucapione non solo le cose sottratte in genere al commercio dei privati, ma eziandio i fondi provinciali.[6] In particolare poi erano escluse dall'usucapione le cose furtive sintantochè si trovavano nel possesso del ladro,[7] le *res vi possessæ*,[8] le *res mancipi* della donna sottoposta alla tutela degli agnati che erano state alienate senza l'*auctoritas* del tutore;[9] i cinque piedi che intercedevano fra gli *agri limitati*,[10] le cose incorporali[11] e quelle cose che non potevano essere alienate per divieto di legge.[12]

---

[1] Gai. II, 41. Vedi più sopra § 60, pag. 155.

[2] Gai. II, 43: " ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quæ *non a domino* nobis traditæ fuerint, si modo eas bona fide acceperimus. „ Cfr. Inst. pr. de usuc. II, 6.

[3] Gai. II, 80; Vat. Fragm. 1: fr. 2 §§ 15 e 16 pro emtore 41, 4.

[4] Gai. II, 65: " mancipationis, in iure cessionis et *usucapionis* ius proprium est Romanorum. „ Cfr. XIX, 4.

[5] Cic. de off. I, 12: " Adversus hostem æterna auctoritas. „

[6] Gai. II, 46. Vedi più sopra § 60, pag. 155, nota 2.

[7] Gai. II, 45; Gell. XVII, 7: " Quod subreptum erit, eius rei æterna auctoritas. „ Vedi anche i fr. 4 § 6, fr. 33 pr. de usurp. 41, 3, e § 2. Ist. de us. II, 6 confr. con Teofilo su questo passo.

[8] Vedi nota precedente e fr. 86 de furtis 47, 2.

[9] Gai. II, 47.

[10] Cicero de legib. I, 21.

[11] Fr. 9 e 43 § 1 de usurp. 41, 3.

[12] Gai. II, 47 e 80. Vedi più sotto lib. IV, c. 3.

*Possesso.* — Per usucapire occorre il possesso giuridico; questo possesso dev'essere continuo; deve avere un *iustum initium* (buona fede e giusto titolo), ed aver durato per tutto il tempo stabilito dalla legge. Questi requisiti saranno spiegati più innanzi.[1] Qui basterà esaminare due casi eccezionali, pei quali non era necessario il giusto principio nel possesso, cioè l'*usucapio pro herede* e l'*usureceptio*.

L'usucapio pro herede. — Nel tempo, che intercedeva fra la morte di una persona e l'adizione dell'erede non solo, ma eziandio la presa di possesso dei singoli oggetti dell'eredità, ciascheduno poteva nella prima epoca del diritto romano prender possesso a piacimento delle cose ereditarie, e, quando le avesse possedute per un intiero anno, usucapiva con questo non solo le cose singole, ma anche il diritto di eredità.[2] Questa usucapione non esigeva le condizioni ordinarie del giusto titolo e della buona fede, nè ammettevasi la possibilità di un furto sopra cose non ancora possedute dall'erede.[3] Si dà come scopo di questo acquisto irregolare del diritto ereditario quello di costringere il vero erede, massime nell'interesse dei creditori e dei *sacra*, ad adire sollecitamente l'eredità.[4]

A poco a poco però questa usucapione andò perdendo del suo significato pratico. Si cominciò difatti ad ammetterla soltanto come modo d'acquisto di singoli oggetti ereditari, non più del diritto stesso di successione:[5] si fece valere contro il *necessarius*, non più contro il *suus et necessarius heres*:[6] quindi il pretore le sostituì nella *bonorum possessio* un modo più regolare e sicuro di ottenere in breve ed almeno provvisoriamente un successore. L'*interdictum quorum bonorum* estese l'obbligo della restituzione a vantaggio del *bonorum possessor* anche alle cose già usucapite, e finalmente un senatusconsulto sotto Adriano[7] dette la medesima forza alla *hereditatis*

[1] Vedi § 67, pag. 175 e seguenti.

[2] Gai. II, 52, 53.

[3] Gai. III, 201. Paull. II, 31, 11. Rei hereditariæ, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest. Confronta fr. 1 § 15, Si is qui test. lib. (47, 3); fr. 40. De nox. act. (9, 4); fr. 2 e 6 Expil. hered. (47, 19).

[4] Gai. II, 55 " . . . quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit et ut creditores haberent, a quo ius suum consequerentur. „

[5] Gai. II, 54, Cf. Cicer. ad Attic. 1, 5; Topic. 6; De leg. 2, 20, e Senec. de benef. 6, 5.

[6] Gai. II, 58. III, 201; cf. Const. 2. Cod. Pro herede (7, 29).

[7] Probabilmente, il SC. *Iuventianum:* v. Fr. 20 § 6. De hered. pet. (5, 3).

*petitio* dell'erede civile. [1] Dal momento che l'*usucapio pro herede* ebbe perduto il suo scopo primitivo, apparve come moralmente riprovevole e da quì i nomi di *lucrativa* e *improba* e di *prædo* pel possessore. [2] Ciò nonostante si mantenne fino a Giustiniano coi suoi requisiti accennati di sopra, e vi è unicamente da osservare, quanto alla esclusione del furto, che fino dall'epoca classica si era introdotto un *crimen extraordinarium expilatæ hereditatis* in luogo dell'*actio furti*, che si continuava a ritenere inapplicabile alle cose ereditarie non ancora possedute dall'erede. [3]

L'usureceptio. — In due altri casi era ammessa dal diritto romano più antico una usucapione irregolare, vale a dire nel caso di una cosa mancipata *fiduciae causa* o di fondi oppignorati allo Stato e da lui venduti (*ex prædiatura*). [4]

*Usureceptio fiduciæ.* — Quando taluno aveva mancipata o ceduta *in iure* ad altri una cosa, a patto di una rimancipazione futura (*fiduciæ causa*) sia come pegno per una sua obbligazione [5] sia come deposito, ne riacquistava la proprietà col possesso di un anno (anche per i fondi) come se la cosa gli fosse stata remancipata. [6] Questa *usureceptio* non mancava di un titolo, quando ad ogni modo l'usucapiente avrebbe potuto esigere la rimancipazione: ma le mancava ogni titolo e diveniva quindi una *lucrativa usucapio*, quando il creditore non era ancor soddisfatto. [7]

*Usureceptio ex prædiatura.* — Quando lo Stato vendeva qualche fondo a lui oppignorato, l'acquirente chiamavasi *prædiator*. [8] Ora se questi per due anni continui non faceva uso del suo di-

---

[1] Gai. II. Vedi più sotto libro V.

[2] Gai. II, 53. cf. Fr. 1. § 9. fr. 2. § 1. fr. 30. Si quis om. caus. (29, 4).

[3] D. 47, 19.

[4] Gai. II, 59-61.

[5] V. per questa antica forma del pegno il § 88.

[6] Gai. II, 59. " Qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usu capere, anno scilicet, etiam soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usu receptio, quia quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. "

[7] Gai. II, 60.

[8] Gai. II, 61. " Item si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est usus receptio: sed hoc caso prædium biennio usu recipitur, et hoc est quod vulgo dicitur, ex prædiatura possessionem usu recipi: nam qui mercatur a populo, prædiator appellatur. " Sopra l'*ius prædiatorum* vegg. la rubrica del fr. 54 de iure dotium (23, 3). Varro de L. L. V, 40. Fest. vv. *Manceps*, *Præs*, *Comprædes*, e soprattutto lo statuto municipale Malacitano (Zell, supplem, 5) capitoli 63, 64, 65.

ritto e lasciava in possesso il precedente proprietario, esso riacquistava il dominio del fondo per usucapione.

La differenza dei termini in queste due specie differenti di *usureceptio* si spiega con ciò, che nel primo caso si considerava come oggetto dell'usucapione la *fiducia* medesima, che apparteneva alle *ceteræ res* delle XII tavole, nel secondo invece gli stessi fondi, per i quali non era possibile se non l'usucapione biennale.[1]

LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO. — La usucapione, quale fu descritta fin qui, non era applicabile se non a quelle cose, che potevano essere oggetto di proprietà civile. Pure lo stesso bisogno di fissare definitivamente molti rapporti giuridici incerti si dovette verificare anche di fronte alle cose, che di quella proprietà non erano capaci e massime di fronte ai fondi provinciali. Fu appunto per soddisfare a codesto bisogno che il pretore introdusse un istituto analogo a quello dell'usucapione, cioè la *longi temporis præscriptio*, chiamata anche *longi temporis exceptio*.[2] In origine questa *longi temporis præscriptio*, come lo indica anche il nome,[3] altro non era che un'eccezione che il possessore poteva opporre alla rivendicazione del proprietario. Chi possedeva da lungo tempo[4] una cosa acquistata in buona fede e con giusto titolo poteva difendersi colla *exceptio* ossia *præscriptio longi temporis* contro l'azione di rivendicazione e mantenersi nel possesso della medesima. In seguito però questa eccezione accrebbe la sua efficacia e giunse indirettamente a far le veci di una vera usucapione. E difatti se chi aveva posseduto una cosa con giusto titolo e in buona fede ne perdeva il possesso, poteva agire coll'azione publiciana per riavere la cosa, e se il convenuto opponeva l'*exceptio iusti dominii*, quegli poteva opporre la *replicatio longi temporis*. Per tal modo la *præscriptio longi temporis* si avvicinò di molto all'*usucapio*, attalchè divenuti tutti gli abitanti dell'impero cittadini romani, ed uguagliati nelle condizioni giuridiche il suolo italico ed il suolo provin-

---

[1] Vedi più sopra § 66. pag. 170. nota 6.

[2] Come fu già avvertito a pagina 120, le *præscriptiones* derivano da ciò che, invece di collocarsi dopo l'*intentio*, come le altre eccezioni, si scrivevano in capo alla formola (*formolæ præscribebantur*).

[3] Vedi nota precedente, e inoltre § 38, pag. 120, e § 45, pag. 131.

[4] Questo *lungo tempo* fu fissato a 10 anni per la difficoltà di sorvegliare gli estesi possessi nelle provincie, e ben presto si fece sentire il bisogno di estenderlo a 20 anni per coloro che dalla provincia fossero assenti (PAULI *Rec. Sent.* lib. V, capo 2, § 3, e capo 5, § 8).

ciale, le due istituzioni, che praticamente non differivano ormai più che circa alla durata del possesso, potevano facilmente essere fuse insieme; e Giustiniano operò cotale fusione riducendole ad una sola. A quest' effetto egli dichiarò innanzi tutto in modo espresso che la *longi temporis præscriptio* era effettivamente un modo di acquisto della proprietà; [1] poscia abolì l'antica usucapione biennale dei fondi italici, ordinando che tutti gli immobili, senza distinzione tra fondi italici e provinciali, potessero acquistarsi col possesso di dieci o vent'anni, e portò a tre anni l'usucapione dei mobili. [2]

## § 67.

### Usucapione ordinaria del diritto giustinianeo.

L'usucapione ordinaria, come si è spiegato nel paragrafo precedente, è una fusione dell'antica *usucapio* e della *longi temporis præscriptio.* Mercè di essa, colui che in buona fede e per giusto titolo possiede una cosa suscettiva di essere usucapita per tre anni continui se mobile, per dieci (o venti) se immobile, ne acquista la proprietà. Esaminiamo a parte i singoli requisiti della medesima.

*Possesso.* — Il primo requisito dell'usucapione è il possesso nel senso proprio della parola, cioè il possesso giuridico. [3] Coloro che detengono una cosa in nome altrui, come il conduttore, il depositario e il comodatario, non possono usucapire la cosa che detengono. Così pure non possono essere usucapite le cose che non possono essere possedute, come sarebbero le cose incorporali e quelle che formando parte integrante di un tutto hanno perduto la loro esistenza individuale. [4] Tuttavia l'usucapione già incominciata di una cosa non resta interrotta dal fatto che il possessore

---

[1] Const. 8 pr. de præscr. XXX ann. (7, 39): " Si quis emtionis vel donationis, vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit . . . posteaque fortuito casu possessiones eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus; hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. "

[2] Const. un. de usuc. transform. VIII, 31. — Sebbene per la riforma di Giustiniano l'*usucapio* e la *praescriptio longi temporis* sieno state fuse in un'istituzione sola, tuttavia i compilatori dei libri giustinianei hanno evitato di adoperare il vocabolo *usucapio* per l'usucapione degli immobili, ed usarono invece quasi sempre quello di *praescriptio longi temporis*, od anche quello di *longo tempore capio* od altri simili.

[3] Vedi più sopra §§ 48 e 49, pag. 135 e 137.

[4] Vedi più sopra § 50, pag. 139.

l'abbia unita ad un'altra cosa da lui posseduta, poichè con questa unione egli non ne ha perduto il possesso.[1] Se le parti unite vengono staccate dopo compita l'usucapione, chi è diventato proprietario per usucapione del tutto, non è per ciò solo diventato proprietario anche delle singole parti, quando egli non le abbia possedute prima dell'unione, e quindi il proprietario di quelle parti staccate potrà rivendicarle,[2] salvochè non le abbia unite egli stesso al tutto o non abbia approvata l'unione.[3]

*Buona fede.* — Per buona fede s'intende il convincimento di non commettere un'ingiustizia nell'appropriarsi la cosa. Di regola chi vuole prevalersi dell'usucapione deve avere il convincimento di acquistare la proprietà quando abbia preso possesso della cosa; ma ciò non è sempre necessario, dappoichè se taluno si crede erro-

---

[1] Per *perdere* il possesso di una cosa, come fu avvertito altrove (§ 53), occorre un fatto contrario che ci ponga nella positiva impossibilità di esercitare il nostro potere su quella cosa, o provi la nostra intenzione di non volerla più possedere. Ora chi, possedendo una cosa, la unisce ad altra cosa da lui posseduta, non perde con ciò il fisico potere sulla medesima nè appalesa l'intenzione di non volerla più possedere, e quindi non ne perde il possesso.

[2] Per esempio, Tizio fabbrica una casa sul proprio fondo con materiali di Cajo, e in seguito la casa passa nel possesso di Sempronio il quale ne diventa proprietario per usucapione. Compita l'usucapione della casa, i materiali già appartenenti a Cajo vengono separati dalla casa. In questo caso Cajo potrà rivendicarli. E difatti coll'usucapione della casa non si sono usucapiti i singoli materiali. Sempronio non ha mai avuto il possesso separato dei singoli materiali; e quindi non ne è diventato proprietario. (fr. § 7 de rei vind. VI, 1: " Item si quis ex alienis cementis in solo suo aedificaverit, domum quidem vindicare poterit, *cementa autem resoluta prior dominus vindicabit, etiam si post tempus usucapionis dissolutum sit, aedificium postquam a bonae fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur,* si domus per temporis spatium nostra fiat). „ E noi crediamo che questa decisione si applichi eziandio al caso in cui la casa ed i materiali unitivi appartengano al medesimo proprietario. Per esempio: Tizio che possiede in buona fede o per giusto titolo una casa di Cajo, volendo farvi delle riparazioni, adopera dei materiali appartenenti allo stesso Cajo. Se compiuta l'usucapione della casa, quei materiali vengono staccati, Cajo potrà rivendicarli, perchè, come abbiamo detto, l'usucapione della casa non implica la usucapione dei singoli materiali (" nec enim singula cementa usucapiuntur „ confr. anche il fr. 7 § 11 de acq. rer. dom. 41, 1). Sarebbe diverso il caso se l'unione dei materiali fosse avvenuta per volere di chi aveva la proprietà dei materiali e della casa a cui sono stati uniti, su di che rimandiamo alla nota seguente.

[3] Quando è stato lo stesso proprietario dei materiali che li ha uniti alla casa sua, e questa è poi diventata proprietà di un terzo per usucapione, allora egli non può rivendicare i materiali che eventualmente venissero staccati, perchè coll'avere egli stesso unite le parti al tutto, egli ha rinunciato alla proprietà separata delle singole parti, e non ha conservato che la proprietà del tutto, cioè della casa: ora se questa casa è stata usucapita da un terzo, quegli non ha più diritto di rivendicare le parti sebbene sieno state separate. (Vedi Windscheid, *Pand.* § 175 nota 2).

neamente incapace di acquistare proprietà, non ha di certo quel convincimento, eppure, s'egli ha acquistato la cosa con giusto titolo da uno che riteneva proprietario, è possessore di buona fede e può usucapire.[1] Lo stesso dicasi nel caso che il possessore creda erroneamente inefficace il titolo pel quale ha acquistato la cosa.[2] D'altro lato il convincimento di acquistare la proprietà della cosa di cui si prende possesso non è sempre sufficiente a costituire la buona fede.[3]

La buona fede deve esistere al momento dell'acquisto del possesso, ma non è necessario che continui per tutto il tempo della sua durata.[4] Allorquando il possesso della cosa si acquista in virtù di un contratto di compra e vendita, la buona fede deve esistere anche nel momento del contratto.[5] Quando poi si acquisti il possesso per mezzo di un rappresentante, non si ha riguardo alla buona fede di questi, ma a quella del rappresentato, la quale deve esistere nel momento in cui egli ebbe notizia dell'apprensione, perchè è appunto da questo momento che l'usucapione comincia.[6] La regola ora esposta, che, cioè, non si ha riguardo alla buona o mala fede del rappresentante, non si applica a quei casi eccezionali, nei quali taluno acquista il possesso senza il concorso della

[1] Fr. 44, § 4 de usurp. 41, 3: " Filius familias emptor alienæ rei, cum patrem familias se factum ignoret, cœpit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quæsitam nec possidere possit?

[2] Il fr. 5 pr. pro derelicto (41, 7) ci dà il seguente esempio: Io compero da Tizio una cosa che so essergli stata donata da sua moglie: ora sebbene io sappia che egli non era proprietario della cosa (per essere nulla la donazione fra coniugi) e che quindi non poteva rendermi proprietario, pure, siccome so che egli era in possesso e disponeva della cosa per espresso volere della moglie, non commetto una ingiustizia nell'appropriarmi la cosa che egli mi vende, e quindi sono considerato come possessore di buona fede e ne posso diventare proprietario per usucapione. — Altri esempi si trovano nel fr. 28 de nox. act. (9, 4); fr. 19 pr. e fr. 25 de don. inter vir. et ux. (24, 1) e fr. 3 pro donato (41, 6). In quest'ultimo passo è detto che se la moglie dona al marito una cosa altrui, il marito che accetta la donazione (credendo erroneamente che la cosa appartenesse alla moglie) ne può diventare proprietario per usucapione, sebbene sappia che la moglie non poteva rendernelo proprietario in causa appunto della nullità delle donazioni fra coniugi.

[3] Fr. 48 de usurp. 41, 3; fr. 7, § 6 pro emtore 41, 4.

[4] Fr. 48, § 1 de acq. rer. dom. (41, 1): c. un. de usuc. transf. (7, 31).

[5] Fr. 2 pr., § 13 pro emt. 41, 4; fr. 10 pr., fr. 44, § 2 e fr. 48 de usurp. (41, 3) comb. col fr. 7, § 16 e 17 de publ. act. (6, 2). Questo principio si applica nel diritto moderno anche alla donazione e alla permuta.

[6] Fr. 47 de usurp. (41, 3); fr. 49, § 2 de acq. poss. (41, 2); fr. 2, § 12 pro emt. (41, 4); consi. 1 de acq. et ret. poss. 7, 32.

sua volontà. In questi casi si richiede infatti la buona fede nel rappresentante.[1]

La buona fede si desume dalle circostanze che accompagnarono l'atto d'acquisto. Quando l'usucapiente ha dato la prova di tali circostanze che inducono a ritenerlo di buona fede, spetta all'avversario di provare ch'egli conosceva l'ingiustizia dell'acquisto o che l'errore in cui versava era inescusabile. Di regola non si scusa che l'errore di fatto.[2]

*Giusto titolo.* — Il giusto titolo è un atto giuridico che inchiude l'intenzione di trasferire la proprietà. Esso costituisce adunque il fondamento obiettivo dell'errore, è ciò che lo scusa e lo rende probabile: in altri termini, il giusto titolo è l'atto esterno che giustifica il possesso e rende plausibile la buona fede. I titoli giusti sono tanti, quanti sono gli atti che tendono al trasferimento della proprietà. Nelle fonti troviamo ricordati specialmente i seguenti: *pro emptore*, quando il possessore comprò la cosa da chi non ne era proprietario o da chi non aveva la capacità di alienarla; *pro donato*, quando il possessore l'ebbe in dono da chi non ne era proprietario; *pro legato*, quando la ricevette a titolo di legato da chi non gliene poteva trasferire la proprietà, o quando era viziosa la disposizione colla quale gli venne lasciata; *pro dote*, quando gli fu data in dote una cosa altrui; *pro soluto*, quando gli fu data in pagamento una cosa altrui, od una cosa che non gli era dovuta; *pro herede*, quando possiede un oggetto ereditario nell'erronea opinione di essere effettivamente erede; *pro derelicto*, quando si impadronì di una cosa da lui creduta erroneamente senza padrone.[3]

La semplice credenza nel possessore di avere un titolo giusto non basta di regola per l'usucapione, ma si richiede un titolo che realmente esista. Vi sono però alcuni casi eccezionali in cui

---

[1] Vedi più sopra § 52, pag. 142 e 143. — È però da osservare che anche in questi casi l'acquirente non potrebbe usucapire se al momento della presa di posseso egli fosse in mala fede (fr. 2, §§ 10-13 pro emtore 41, 4: fr. 43, § I de usurp. 41, 3).

[2] Vedi più sopra § 24, pag. 87.

[3] Tutti questi titoli sono enumerati nel libro XLI tit. 4-10 delle Pandette: quivi è pure indicato il titolo *pro suo*, ma questo non è già un titolo speciale, ma una qualifica che si dà a tutti i titoli in virtù dei quali il possessore creda di essere diventato proprietario, e quindi comprende tutti gli altri titoli da noi riferiti: quella qualifica però si adopera più specialmente per indicare quelli che non hanno una speciale denominazione, come quando si possegga una cosa in virtù di una disposizione giudiziale o di una divisione stragiudiziale.

l'erronea supposizione di avere un titolo è giustificata da circostanze tali che la rendono scusabile. Allora si ammette per via di eccezione che la *credenza* di avere un titolo supplisca alla *realtà*. Ciò avviene per lo appunto quando il possessore, per un errore scusabile fondato sopra ragioni obiettive, creda in buona fede all'esistenza di un giusto titolo.[1]

*Continuazione del possesso durante il tempo prescritto dalla legge.* — Questo tempo è per le cose mobili di tre anni, e per le cose immobili di dieci o venti anni, secondochè le parti abitano o no nella medesima provincia *(inter præsentes, inter absentes)*.[2] Esso si computa civilmente, cioè a giorni e non a momenti: ed il giorno incominciato si ha per compiuto.[3] Durante quel tempo il possesso dev'essere continuo, vale a dire non interrotto, poichè l'interruzione del possesso interrompe anche il corso dell'usucapione, ed in modo che il possesso riacquistato non si può unire al possesso che si ebbe prima dell'interruzione, ma deve incominciare una nuova usucapione dal giorno di quel riacquisto.[4] Oltre l'interruzione naturale del possesso avvi anche un'interruzione civile, la quale si verifica quando il proprietario intenta contro il possessore l'azione di rivendicazione.[5]

Il possessore può computare nel suo possesso anche quello del suo autore *(accessio possessionis)*, semprechè, s'intende, il possesso

---

[1] In tali casi si parla di un titolo putativo. Il fr. 12 *pro emptore* ci dà il seguente esempio: Io incarico Tizio di comperarmi una data cosa, e questi se la procaccia in modo illecito e me la consegna, dicendomi d'averla comprata. In tal caso il mio titolo *pro emptore* è putativo, e rende giusto il mio possesso, benchè in realtà la cosa non sia stata comprata. (Vedi inoltre fr. 2 § 15 e 16 pro emptore, 41, 4; fr. 9 pr. pro legato 41, 8; fr. 4 § 2 e fr. 5 § 1, pro suo 41, 10).

[2] Const. un. de us. transf. 7, 31; c. 12 de præscr. 1, 7, 33.

[3] Fr. 15 pr. de div. temp. 44, 3; fr. 6 e 7 de usurp. 41, 3.

[4] Fr. 5, 15 pr. § 2 de usurp. 41, 3; fr. 7, § 4 pro emt. 41, 4.

[5] La litiscontestazione non valeva ad interrompere l'antica *usucapio;* ma la sentenza favorevole al proprietario rivendicante faceva sì che non avesse alcun effetto giuridico l'usucapione compitasi nel tempo intermedio, perchè il giudice nell'emanarla aveva riguardo all'epoca della contestazione della lite, e a quest'epoca l'usucapione non era per anco compita (fr. 18, 20 e 21 de rei vind. 6, 1). La *longi temporis præscriptio* invece veniva interrotta anche nel diritto giustinianeo dall'incominciamento del processo. Quando i due istituti vennero a fondersi nella legislazione di Giustiniano, si ritenne valida la contestazione della lite ad interrompere l'usucapione (c. 1, 2 e 10 de præscr. l. t. 7, 33; c. 2 ubi in rem act. 3, 19). È però da avvertire che, mentre l'interruzione *naturale* interrompe l'usucapione di fronte a tutti, quella *civile* non la interrompe che di fronte al proprietario rivendicante (c. 1, 3 d e ann. præscr. 7, 40).

sia passato dall'uno all'altro senza interruzione, e tanto il possesso dell'autore quanto quello del successore (a titolo singolare) riuniscano tutti i requisiti voluti per l'usucapione.[1] Il successore a titolo universale poi, siccome continua la personalità del defunto, subentra anche in riguardo all'usucapione nel suo rapporto giuridico e quindi si ha riguardo alla buona o mala fede di lui e non dell'erede. In altri termini, se il defunto fu in buona fede, l'erede usucapisce sebbene sia di mala fede; e viceversa se il defunto fu di mala fede, l'erede tuttochè di buona fede non usucapisce.[2]

## § 68.

### Delle cose escluse dall'usucapione ordinaria.

Sono escluse dall'usucapione ordinaria: 1° le cose fuori di commercio;[3] 2° le cose sottratte furtivamente o violentemente al proprietario e quelle vendute dal possessore di mala fede all'insaputa del medesimo;[4] 3° le cose ricevute in dono da un magistrato contro il dovere del suo ufficio e contro il divieto della legge;[5] 4° le cose dello Stato *(res fiscales)* e del principe, ed i beni stabili delle chiese, delle pie fondazioni e dei minori durante la minorità;[6] 5° le cose la cui alienazione è nulla per legge.[7] Da ultimo non

---

[1] Se il datore era in mala fede, il successore a titolo singolare non può aggiungere al suo possesso quello dell'autore; ma egli può, se di buona fede, cominciare un possesso *ex novo*, dal momento dell'acquisto, sebbene il suo autore (venditore, donante ec.) fosse in mala fede (fr. 5 pr. e fr. 15 de div. temp. pr. 44, 3).

[2] Fr. 40, 43 pr. de usurp. 41, 3; fr. 2, § 19 pro emt. 41, 4; fr. 30 pr. ex quib. caus. maior. 4, 6; § 12 I. de usuc. 2, 6.

[3] Queste sono escluse anche dall'usucapione straordinaria. (Vedi §§ 13 e 69).

[4] Il servizio del furto e della violenza si purga col ritorno della cosa nella libera disposizione del proprietario (fr. 4, § 6 de usurp. 41, 3; § 8 de usuc. 2, 6): di qui viene che se è il proprietario stesso che ha commesso un *furtum usus* o un *furtum possessionis* sulla cosa propria, questa non è sottratta all'usucapione (fram. 4, § 21 de usurp. 41, 3).

[5] Fr. 8 ad l. I. repet. 48, 11. Anche questo vizio si purga col ritorno della cosa nel potere del proprietario (fr. 48 pr. de acq. r. d. 41, 1).

[6] C. 3 quib. non oblic. 7, 35; c. 5 in quib. caus. in int. 2, 41.

[7] Fr. 28 de V. S. (50, 16): " Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. „ Sotto questo rapporto sono sottratti all'usucapione ordinaria: i fondi dotali (fr. 16 de fundo dot. 23, 5); le cose lasciate in legato che l'erede, benchè consapevole del legato, ha alienate (c. 3 § 3 comm. de leg. 6, 43); le cose componenti il peculio avventizio dei figli di famiglia durante la patria potestà (c. 1 de con. mat. 6, 60, e c. 4 de bonis quæ lib. 6, 61); le cose di chi è soggetto a tutela o curatela, le quali non possono alienarsi senza decreto del giudice (c. 3, § 5 de reb. eor. 27, 9); le cose litigiose, salvochè l'attore non abbia rinunciato al giudizio (c. 1 de præscr. l. temp. 7, 33).

si ammette che nelle controversie sulla rettificazione dei confini possano le parti fondare sull' usucapione ordinaria la proprietà del terreno che cade in questione. [1]

§ 69.

**Dell' usucapione straordinaria (praescriptio longissimi temporis).**

Fino dai tempi di Teodosio II valeva il principio che l' azione di rivendicazione doveva farsi valere nel termine di trent' anni, scorsi i quali veniva esclusa colla *præscriptio triginta annorum*, conosciuta sotto il nome di *præscriptio longissimi temporis.* [2] Questa *præscriptio* non era già un mezzo di acquistare la proprietà, ma una semplice eccezione che il possessore poteva opporre all' azione di rivendicazione del proprietario: però il possessore poteva valersene anche se di mala fede e privo di giusto titolo.

Giustiniano stabilì che il possesso trentennario, quand' abbia incominciato con buona fede, non solo possa servire come mezzo per respingere l' azione di rivendicazione, ma faccia acquistare la proprietà, sebbene il possessore difetti di titolo. [3] Per tal modo si è stabilita una nuova specie di usucapione, la così detta usucapione straordinaria. Essa si distingue dall' usucapione ordinaria in ciò che, mentre da un lato richiede un termine più lungo, cioè di trent' anni ed in alcuni casi eccezionali di quaranta, d' altro canto non richiede il giusto titolo, e corre anche a riguardo di quelle cose che sono escluse dall' usucapione ordinaria, semprechè, s' intende, sieno in commercio. [4]

Ove poi il possessore trentennario sia di mala fede, può bensì valersi della *præscriptio longissimi temporis* per respingere l' azione di chi volesse rivendicare la cosa da lui posseduta, ma egli stesso non ne acquista la proprietà, per quanto venga protratto il suo possesso, e per conseguenza s' egli ne perdesse il possesso, non avrebbe diritto di rivendicarla, appunto perchè non ne è diventato proprietario.

---

[1] C. 6 de fin. reg. 3, 39.
[2] Vedi più sopra, § 45, pag. 131.
[3] Const. 8 de præscr. 30 vel 40, ann. 7, 39.
[4] Vedi § precedente, pag. 180, nota 3.

## § 70.

### Dell' usucapione secondo il codice civile.

Il codice civile patrio abbraccia la prescrizione estintiva delle azioni e l' usucapione sotto il vocabolo generale di *prescrizione*, che definisce « *un mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto* (prescrizione acquisitiva) *od è liberato da un' obbligazione* » (prescrizione estintiva).[1]

Dovendoci occupare in questo luogo soltanto dei mezzi di acquistare la proprietà, non parleremo che della così detta prescrizione acquisitiva, che deve dirsi più propriamente usucapione.

Innanzi tutto è da avvertire che l' usucapione del nostro codice non si riferisce che agli immobili ed ai diritti reali sugli immobili, e non si applica alle singole cose mobili, dappoichè per queste ultime il possesso di buona fede produce l' effetto stesso del titolo, e quindi chi ha ricevuto in buona fede cose mobili per loro natura, o titoli al portatore, ne acquista col possesso anche la proprietà, sebbene il trasferente non fosse proprietario[2] salvochè si tratti di cose rubate o smarrite.[3]

I requisiti dell' usucapione secondo il nostro codice civile sono: il possesso legittimo, la buona fede, un titolo debitamente trascritto che non sia nullo per difetto di forma, e finalmente la decorrenza del tempo determinato dalla legge.

*Possesso legittimo.* — Il possesso è legittimo, quando sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e con animo di tener la cosa come propria.[4] Il possesso si interrompe naturalmente o civilmente; *naturalmente* quando il possessore viene privato per più d' un anno del godimento della cosa; *civilmente* in

---

[1] Art. 2105.

[2] Art. 707. Quest' art. non si applica all' universalità di mobili, che è regolata dall'articolo 2135 (vedi più sotto, pag. 185 nota 2).

[3] Art. 708. Un biglietto di banca smarrito o rubato potrà essere rivendicato nelle mani di un terzo possessore di buona fede? Per la risposta negativa sta la considerazione che col corso forzoso il biglietto di banca è assimilato al danaro, e quindi non è che un semplice valore rappresentativo, un semplice segno di scambio. Sarebbe poi desiderabile che nel nuovo Codice di commercio non si ammettesse la rivendicazione dei titoli al portatore smarriti o rubati che nelle mani dell' avventore o del ladro, o di coloro che hanno acquistato da essi nella scienza del vizio della causa di possesso.

[4] Art. 686. Vedi inoltre più sopra § 55, pag. 148 e nota 5 *ivi*.

forza di una domanda giudiziale, sebbene fatta davanti a giudice incompetente,[1] semprechè la citazione non sia nulla per incompetenza dell'uffiziale che l'ha eseguita, o per difetto di forma, l'attore non abbia receduto dalla domanda, o questa non sia perenta o rigettata.[2] L'usucapione è pure interrotta civilmente, quando il possessore riconosca il diritto di quello contro cui era cominciata.[3]

Come già fu avvertito altrove, si presume sempre che ciascuno possieda per se stesso ed a titolo di proprietario, quando non si provi che egli abbia cominciato a possedere in nome altrui; ma quando siasi incominciato a possedere in nome altrui, si presume sempre che il possesso abbia continuato con lo stesso titolo, qualora non vi sia prova in contrario.[4] Nessuno poi può cangiare riguardo a sè medesimo la causa e il principio del suo possesso, per cui se taluno detiene una cosa altrui come conduttore, o come usufruttuario, od a titolo precario, non può col semplice mutamento di volontà cominciare a possedere in nome proprio.[5]

Chi ha cominciato a possedere una cosa con violenza o clandestinità, quando queste sieno cessate, può cominciare a possederla legittimamente ed usucapirla.[6]

*Buona fede.* — È possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire la proprietà, del quale ignorava i vizi.[7] La buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve darne la prova.[8]

---

[1] Art. 2124 e 2125. Anche la chiamata o presentazione volontaria per la conciliazione interrompe l'usucapione, semprechè la domanda giudiziale sia fatta nel corso di due mesi dalla non comparsa davanti il conciliatore o dalla non seguita conciliazione *(ivi)*.

[2] Art. 212*.

[3] Art. 2138.

[4] Art. 687. Vedi anche § 55, pag. 148 e 149, e note *ivi*.

[5] Art. 2118. Questo principio già riconosciuto dal diritto romano *(nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest)* è una conseguenza della regola che per perdere il possesso che esercitiamo per mezzo d'altri si richiede che il nostro rappresentante manifesti con un atto esteriore di non voler più possedere per noi. (Vedi § 53, p. 144 e nota 1 *ivi*). Di qui viene che se il detentore in nome altrui fa opposizione al diritto del proprietario, scacciandolo, per esempio, dal fondo, egli può benissimo mutare la causa o il titolo del possesso della cosa che deteneva e diventarne proprietario per usucapione, semprechè, s'intende, concorrano gli altri requisiti (art. 2116).

[6] Art. 689. Non così per diritto romano (§ 66, pag. 170).

[7] Art. 701.

[8] Art. 702. Il decorso di trent'anni di possesso vieta di opporre il difetto del titolo e della buona fede (art. 2135). Vedi in fine di questo paragrafo, pag. 185.

*Titolo debitamente trascritto.* — Chi acquista in buona fede un immobile o un diritto reale sopra un immobile in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto e che non sia nullo per difetto di forma, ne compie in suo favore l' usucapione col decorso di dieci anni dalla data della trascrizione.[1] La trascrizione non si applica ai mobili, ma di questi, come fu già osservato, si acquista la proprietà contemporaneamente al possesso di buona fede, semprechè non si tratti di mobili smarriti o derubati, poichè il proprietario di questi ha per due anni l' azione contro l' acquirente di buona fede per riaverli.[2]

*Decorso del tempo determinato dalla legge.* — Il tempo ordinario dell' usucapione è di dieci anni, computabili dalla data della trascrizione del titolo.[3] Il successore a titolo singolare può unire al proprio possesso quello del suo autore, purchè e l' uno e l'altro non sieno viziosi; altrimenti può valersi soltanto del proprio non vizioso.[4] Il successore a titolo universale continua di diritto il possesso del suo autore, e per conseguenza non può usucapire se quest' ultimo possedeva in nome altrui.[5]

Infine avvertiremo che non corre mai l' usucapione: fra i coniugi; fra la persona a cui spetta la patria potestà e quella che vi è sottoposta; fra il minore o l' interdetto e il suo tutore, finchè non sia cessata la tutela, e ne sia reso definitivamente ed approvato il conto; fra l' erede e l' eredità accettata col benefizio d' inventario; fra le persone che per legge sono sottoposte all' amministrazione altrui e quelle a cui l' amministrazione è concessa.[6] Le servitù non apparenti e le servitù discontinue sono pure escluse da qualunque usucapione.[7]

Non si possono inoltre aquistare coll' usucapione ordinaria dei dieci anni le cose dei minori non emancipati, degli interdetti per

---

[1] Art. 2137. Vedi nota precedente.

[2] Art. 2146. Se il possessore in buona fede della cosa rubata o smarrita l' ha comprata in una fiera o in un mercato, ovvero in occasione di una vendita pubblica, o da un commerciante che fa pubblico spaccio di simili oggetti, non è obbligato a restituirla al proprietario che verso il rimborso del prezzo d' acquisto (art. 709).

[3] Art. 2137. L' usucapione si compie a giorni interi e non ad ore (art. 2133), e si compie allo scadere dell' ultimo giorno del termine (art. 2134), mentre per diritto romano si compiva al principiare dell' ultimo giorno.

[4] Art. 693 comb. cogli art. 689 e 2117.

[5] Art. 693 comb. coll' art. 2115. Vedi però pag. 183, nota 5

[6] Art. 2119.

[7] Art. 630.

infermità di mente e dei militari in servizio attivo in tempo di guerra, i fondi dotali della moglie e quelli specialmente ipotecati per la dote e l' esecuzione delle convenzioni matrimoniali, durante il matrimonio. Coll' usucapione trentennaria però il terzo possessore può acquistare la proprietà anche di queste cose.[1] E si noti che il possessore trentennale di una cosa qualunque può sempre respingere l' azione di rivendicazione, sebbene difetti di titolo e di buona fede.[2] Nello stesso termine di trent' anni si possono usucapire senza titolo anche le servitù continue apparenti.[3]

## § 71.

### Unione della cosa propria coll' altrui (accessione).

Se una cosa si aggiunge e si unisce ad un' altra in modo da formare un tutto inseparabile, il proprietario della cosa principale acquista la proprietà anche di quella che vi si è aggiunta, giusta il principio *accessio cedit principali.*[4] A tale riguardo bisogna distingere tre casi, cioè l' accessione di una cosa immobile ad una immobile, l' accessione di una cosa mobile ad una immobile e l' accessione di una cosa mobile ad altra mobile.

*Accessione di una cosa immobile ad una immobile.* — Il primo caso di questa specie di accessione è l' alluvione (*alluvio*). Essa è quell' incremento di terra che si forma successivamente e impercettibilmente nei fondi posti lungo le rive dei fiumi o torrenti. Il proprietario del fondo acquista tali piccole particelle di terra, depositate dall' acqua corrente, di mano in mano che si uniscono al fondo medesimo.[5]

---

[1] Art. 2121.

[2] Art. 2135. Quest' articolo si applica anche all' universalità di mobili.

[3] Art. 629. Così pure può il proprietario del fondo inferiore usucapire la servitù dell' acqua che sorge nel fondo superiore, nel quale da trent' anni abbia fatto e terminato opere visibili e permanenti, destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo (art. 541). Dell' acquisto delle servitù pel lungo uso secondo il diritto romano tratteremo nel capo seguente.

[4] Fr. 19, § 13 de auro, argento 34, 2; Cod. civ. art 443. Nulla importa poi per l' acquisto della proprietà che l' accessione o unione sia avvenuta per caso fortuito o per opera dell' uomo: questa circostanza non può influire che sulla questione del risarcimento.

[5] § 20, Inst. de rer. div. 2, 1 Cod. civ. art. 453.

Il secondo caso di questa specie di accessione è l'avulsione (*avulsio)*. Se l'impeto del fiume stacca ad un tratto un pezzo di terreno e lo trasporta alla nostra riva noi lo acquistiamo quando si è organicamente consolidato col nostro fondo, il che si verifica quando gli alberi del terreno avulso posero le loro radici anche nel nostro.[1]

Il terzo caso è l'alveo abbandonato *(alveus derelictus*). Se un fiume o torrente abbandona del tutto il suo alveo primitivo, questo spetta ai proprietarî confinanti alle due rive. Essi se lo dividono sino al mezzo dell'alveo medesimo, secondo l'estensione della fronte del fondo di ciascuno.[2]

L'ultimo caso è l'isola nata nel fiume (*insula in flumine publico nata*). Ove un'isola emerga dalle acque di un fiume, è considerata come nn'accessione dei fondi situati lungo l'una o l'altra riva, in proporzione dell'estensione delle fronti che hanno sul fiume. Se l'isola è surta in mezzo al fiume, i frontisti di amendue le sponde hanno diritto di spartirsela: ed a questo effetto si immagina condotta una linea che divida il letto del fiume in due parti eguali, linea parallela alle rive: la parte dell'isola che rimane a destra di questa linea immaginaria appartiene ai frontisti di destra, e l'altra parte che rimane a sinistra, appartiene ai frontisti di sinistra. Ma ove l'isola rimanga tutta da una parte di questa linea immaginaria, appartiene intieramente ai frontisti di quella parte.[3] Se il fiume, dividendosi in due rami, riduce ad isola i fondi

---

[1] § 21 de rer. div. 2, 1; fr. 7, § 1 de acq. rer. dom. 41, 1. — L'art. 456 del Cod. civ. patrio dispone che il proprietario della parte staccata può reclamare la proprietà dentro l'anno, ed anche al di là di questo termine quando il proprietario del fondo, a cui si unì la parte staccata, non ne abbia ancora preso possesso.

[2] § 23, Inst. de rer. div. 1, 2; Cod. civ. art. 461.

[3] § 22, Inst. de rer. div. 2, 1; Gai. II, 72; fr. 7, §§ 3, 4, fr. 29, fr. 65, § 2 de acq. rer. dom. 41, 1; Cod. civ. art. 458. È però da osservare che, secondo il nostro codice, le isole nate nei fiumi *navigabili* od *atti al trasporto*, appartengono allo Stato (art. 457). In diritto romano non si faceva distinzione tra fiumi navigabili e non navigabili; le isole nate nei fiumi appartenevano sempre ai proprietarî adiacenti. Nè vi osta quanto dice Labeone al fr. 65, § 4 de acq. rer. dom. (41, 1), dappoichè questo giureconsulto intende di provare con quelle parole che: “ *non tutto ciò che si fabbrica o nasce in un pubblico fiume, è pubblico, dappoichè altrimenti ne verrebbe la conseguenza erronea che anche l'isola formatasi nel fiume sia pubblica.* „ E che Labeone fosse dell'opinione di tutti gli altri giureconsulti, cioè che l'isola dovesse appartenere ai proprietarî confinanti, risulta chiaramente dal § 2 di quello stesso fr. 65, ove si legge: “ *si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata sit, ea tua est.* „

di un privato, questi continuano ad appartenere al loro antico padrone.[1]

Gli acquisti per accessione fin quì descritti non si applicavano agli *agri limitati*, vale a dire a quei fondi, i confini dei quali erano stati determinati dai pubblici agrimensori.[2]

*Accessione di una cosa mobile ad una immobile.* — L'unione di una cosa mobile con una cosa immobile può essere organica o meccanica. L'unione organica si verifica nei casi di piantagione e di seminagione. Tutto ciò che viene piantato o seminato in un fondo, appartiene al proprietario del fondo, tostochè vi ha preso radice od ha incominciato a germogliare.[3] Prima che l'albero abbia preso radice, o che la sementa abbia germogliato, il proprietario dell'albero e delle sementi può rivendicare le cose sue; ma dopo quel fatto egli ne perde per sempre la proprietà, e non può pretendere neppure il legname, ove l'albero venga a morire, nè i prodotti delle sementi dopo il loro distacco dal fondo.[4] Un albero cresciuto sul limine di due fondi e le cui radici si nutriscano in ambedue i fondi, diventa comune;[5] che se l'albero dal fondo dove è cresciuto non fa che gettare le radici sul fondo vicino, appartiene tutto al proprietario del fondo dove è cresciuto.[6]

Ci resta a parlare dell'unione meccanica di una cosa mobile con una immobile. Tutto ciò che viene edificato in modo stabile sopra un fondo appartiene, finchè dura l'unione, al proprietario del fondo, di cui la cosa unitavi è diventata parte integrante;[7] ma se l'edificio cade in rovina od è volontariamente demolito, i

---

[1] § 22 de rer. div. 2, 1; fr. 7, § 4 e fr. 30. § 2 de acq, rer. dom. 41, 1.

[2] Fr. 16 de acq. rer. dom. 41, 1; fr. 1, § 6 e 7 de flum. 43, 12.

[3] § 31, 32 de rer. div. 2, 1; fr. 7, § 13, fr. 9 pr., fr. 26, § 2 de acq. r. d. 41, 1.

[4] Finchè gli alberi e le sementi sono uniti al fondo nel quale hanno preso radice o germogliato, appartengono al proprietario del fondo per la ragione che ne formano parte integrante (fr. 40 de ac. emti vend. 19, 1: " *arborum. quæ in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo* "; e quando gli alberi e questi frutti vengono abbattuti, o raccolti i frutti della semente, questi alberi e questi frutti non ricadono all'antico proprietario dell'albero o della semente perchè non sono più la medesima cosa (fr. 26, § 2 de acq. rer. dom. 41, 1: " *nam credibile est alio terrae alimento aliam factam.* ").

[5] § 31 de r. d. 2, 1; fr. 7, § 13 e fr. 8 de acq. rer. dom. 41, 1.

[6] Il vicino però non sarebbe obbligato a soffrire le radici (fr. 6, § 2 de arb. furt. cæs. 47, 7). Vedi più sopra § 58, p. 153.

[7] § 29 de r. d. 2, 1; fr. 7, § 10 de a. r. d. 41, 1: " *omne quod inaedificatur solo cedit.* " Vedi più sopra § 19, pag. 78, nota 2.

materiali staccati ritornano all' antico proprietario,[1] salvochè non abbia egli stesso operato quell' unione coll'intenzione di abbandonare la proprietà dei singoli materiali.[2] Una espressa disposizione della legge delle dodici tavole toglie al proprietario dei materiali che sono stati incorporati nell' edificio altrui il diritto di domandare coll' *actio ad exhibendum* la separazione dei medesimi, per poscia rivendicarli, ma in compenso gli accorda l'azione de *tigno iuncto*, colla quale ottiene il doppio del loro valore, a menochè l' unione non sia avvenuta per sua volontà.[3]

*Accessione di una cosa mobile ad altra mobile.* — Quando una cosa è stata unita ad un'altra in guisa da perdere la sua esistenza separata e da non potere essere più ridotta al pristino stato, essa non può essere oggetto di proprietà separata e distinta, ma è una parte integrante del tutto, il quale appartiene al proprietario della cosa che ne forma la parte principale.[4] Se poi le cose unite possono essere separate, il proprietario della cosa principale è bensì durante l' unione proprietario anche della cosa accessoria, ma tostochè è avvenuta la séparazione (e questa può essere chiesta mediante l'*actio axhibendum*) rivive la proprietà di prima.[5]

---

[1] E difatti i materiali staccati ritornano ad essere quello che erano prima, e sotto questo rapporto si può dire che la proprietà sui medesimi non è perduta definitivamente, ma soltanto sospesa (fr. 7, § 10 de a. d. 41, 1: " *nec tamen ideo is, qui materiae fuit, desinit dominus esse* ").

[2] C. 2 de rei vind. 3, 32 comb. col fr. 14 de don. 39, 5.

[3] § 29, Inst. de rer. div. 2, 1: fr. 23, § 6 de rei vind. 6, 1; fr. 6 pr. ad exhib. 10, 4; fr. 7, § 10 de acq. r. d. 41, 1. sul caso dell' unione avvenuta per volontà del proprietario dei materiali, vedi fr. 63 de don. int. vir. et ux. 24, 1: " . . . *quia decemviros non est credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent.* " È poi naturale che nel caso, in cui il proprietario dei materiali ha ottenuto il doppio del loro valore, essi rimangano in piena ed assoluta proprietà del possessore (§ 29 *l. c.*), salvochè questi non li avesse uniti in mala fede (fr. 2 de tigno iuncto 47, 3). Gli stessi principî sono stati applicati ai pali delle viti (fr. 1 pr. § 1 de tigno iuncto 47, 3). — Il Codice civile tratta delle accessioni di cose immobili agli art. 448-452.

[4] Fr. 23, § 5 de rei vind. 6, 1; Cod. civ. art. 464. È riputata principale quella che dà al tutto nome ed essenza, e quella a cui l' altra non fu unita che per uso, ornamento e compimento (fr. 26, § 1 de acq. rer. dom. 41, 1; Cod. civ. art. 455). Qualora nessuna delle cose unite insieme sia principale, si applicano le regole della mescolanza, vale a dire il tutto diviene comune ai proprietarî delle materie che lo produssero (fr. 3, § 2 de rei vind. 6, 1). Vedi in fine di questo paragrafo, pag. 189.

[5] Fr. 23, § 2 e 5 de rei vind. 6, 1; Cod. civ. art. 464. Anche qui, se delle cose unite nessuna è accessoria dell' altra, si applicano le regole della mescolanza (vedi in fine di questo §).

Le specie particolari di accessione di cose mobili (*adiunctio*) sono l'*inclusio*, la *ferruminatio*, la *textura*, la *scriptura* e la *pictura*.

Infine avvertiremo che chi acquista per accessione la proprietà di una cosa altrui, può essere obbligato ad indennizzare il proprietario di quest'ultima, secondo i seguenti principî. Se l'accessione fu cagionata dal proprietario della cosa principale, egli deve rimborsare all'altro il valore della cosa accessoria; [1] se invece fu cagionata dal proprietario della cosa necessaria, questi, se fu in buona fede, può esperimentare sulla medesima il *ius retentionis*, per conseguire quel tanto di valore di cui la cosa principale ha guadagnato mediante l'unione, [2] ma qualora non abbia più il possesso della cosa, non ha alcuna azione per farsi indennizzare. [3]

In strettissima relazione coll'accessione di cose mobili sta la mescolanza, la quale può essere di cose liquide o di cose solide (*confusio* e *commixtio*). I casi nei quali si verifica acquisto di proprietà per mescolanza sono assai rari, dappoichè in caso di mescolanza l'acquisto di proprietà deriva il più delle volte da tradizione [4] o da specificazione. [5]

Perchè possa parlarsi di vero e proprio acquisto per mescolanza si richiede che o non siasi formata una nuova specie, o che il miscuglio da cui risultò la nuova specie sia conseguenza del caso. Se dalla mescolanza operata da uno dei proprietari o dal caso non è risultata una nuova specie, e le cose mescolate possono separarsi, non si opera nessuno spostamento di proprietà, e ciaschedun proprietario può rivendicare le cose sue; [6] che se le cose mescolate non possono separarsi, il miscuglio diviene comune ai proprietarî delle materie che lo produssero, ed ognuno di essi ha in quello una parte intellettuale di proprietà, proporzionata alla quantità di sua materia entrata nel medesimo. [7] In un caso speciale il miscuglio appartiene a chi l'ha operato, e ciò si verifica quando taluno ha confuso il danaro altrui col proprio. [8]

---

[1] Fr. 23, § 5 de rei vind. 6, 1.

[2] Fr. 23, § 4 de rei vind. 6, 1.

[3] Fr. 33 de cond. ind. 12, 6: fr. 14 de exc. doli 44, 4; fr. 25. § 1 comm. div. 10, 3.

[4] Ciò si verifica quando la mescolanza avviene pel concorde consenso dei proprietarî delle cose mescolate.

[5] Ciò avviene quando la mescolanza fu bensì opera di uno solo dei proprietarî, ma ne è risultata una nuova specie. (Vedi più sopra § 63, pag. 164).

[6] Fr. 5 pr. e § 1 de r. v. 6, 1; fr. 12, § 1 de a. r. d. 41, 1; Cod. civ. art. 471.

[7] Fr. 3, § 2 de r. v. (6, 1); art. 471 capov. Vedi pag. preced., nota 4 in fine.

[8] Fr. 78 de sol. 46, 3. Resta salva l'azione personale pei danni.

Se dalla mescolanza operatasi per caso è risultata una nuova specie, questa appartiene in comune ai proprietari delle materie casualmente mescolatesi. [1]

## § 72.

### Acquisto dei frutti.

I frutti, finchè sono aderenti alla cosa che li ha prodotti, formano parte integrante della cosa fruttifera, e non sono oggetto di proprietà distinta; [2] ma tostochè ne sono distaccati divengono oggetto di proprietà separata. Il proprietario della cosa fruttifera ne acquista immediatamente la proprietà, senza bisogno di alcun atto speciale di acquisto: [3] ma questo diritto del proprietario può essere escluso in certi casi dal diritto che competa ad altre persone sui frutti medesimi, ed è appunto di questi casi di cui qui dobbiamo occuparci.

Talvolta il diritto ai frutti di una cosa altrui si fonda sopra un *ius in re aliena* (come è il caso dell' enfiteuta e dell' usufruttuario); talvolta si fonda sopra un' obbligazione personale del proprietario (come è il caso dell' affittuario e del compratore di frutti pendenti): finalmente merita essere esaminato il caso del possessore di buona fede della cosa fruttifera.

L' enfiteuta acquista la proprietà dei frutti tostochè sono separati; [4] l' usufruttuario invece soltanto mediante la percezione. [5]

Nei casi in cui il diritto ai frutti di una cosa altrui non si fonda sopra un *ius in re*, ma sopra un' obbligazione personale del proprietario, essi non si acquistano che mediante percezione autorizzata dal proprietario, cioè mediante tradizione. [6]

Passando ora al caso in cui taluno possegga in buona fede una cosa altrui, osserveremo innanzi tutto che il proprietario, il quale rivendica la cosa sua dalle mani del possessore di buona fede, ha diritto di esigere insieme alla cosa anche i frutti esistenti, [7] sal-

---

[1] Fr. 7, § 9 de a. r. d. 41, 1; § 27, Inst. de rer. div. 2, 1.

[2] Fr. 44 de rei vind. (6, 1): " *fructus pendentes pars fundi videntur.* " (Vedi più sopra § 20: pag. 80, e nota 3 *ivi*).

[3] Fr. 5, § 2 de rei vind. 6, 1; fr. 25 § 1 de usur. 22, 1.

[4] Fr. 25. § 1 de usuris et fruct. 22, 1.

[5] Fr. 23, § 5 de usufr. 7, 1; fr. 13 quib. mod. usufr. 7, 4.

[6] Fr. 6 de don. 39, 5; fr. 16, de præscr. verbis 19, 5; fr. 61, § 8 de furt. 47 2.

[7] § 35 J. de rer. div. 2, 1; § 2 de off. ind. 4, 17: c. 22 de rei vind. 3, 32.

vochè il possessore non ne fosse diventato proprietario per usucapione.[1] Qualora però il possessore di buona fede abbia già consnmato i frutti della cosa da lui posseduta, egli non è obbligato a risarcirne il valore al proprietario rivendicante. In vista di ciò dicono le fonti che il possessore di buona fede fa suoi i frutti che consuma, che è quanto dire ha il diritto di consumarli senz' obbligo di indennizzarne il proprietario.[2]

## § 73.

### Acquisto della proprietà a titolo universale.

Si acquista a titolo universale, quando si succede nell' altrui patrimonio considerato come un tutto ideale. Chi succede ad un'altra persona *per universitatem*, subentra immediatamente in tutti i suoi rapporti patrimoniali, specialmente nelle sue obbligazioni.[3]

Ogni acquisto a titolo universale presuppone due condizioni. In primo luogo è necessario che la persona, nei cui beni si suc-

---

[1] Fr. 48, § 5 de furt. 47, 2; fr. 4, § 5 de us. 41, 3. (Vedi SAVIGNY. *Possesso* § 2 e MAREZOLL, *Zeitschrift für Civilr. und. Prozess,* XVIII, pag. 211). Pel codice civile patrio, siccome il possesso di buona fede di cose mobili (quali sono appunto i frutti) produce l' effetto stesso del titolo, il possessore di buona fede diventa senz'altro proprietario dei frutti percepiti, e quindi non può essere obbligato a restituire che quei frutti esistenti che gli sono pervenuti dopo la domanda giudiziale di rivendicazione (art. 703 e 933). L' opinione generalmente seguita che il possessore di buona fede non possa mai usucapire i frutti, perchè già di essi proprietario, si fonda sopra un equivoco (vedi nota seguente).

[2] Fr. 48 pr. de acq. rer. dom. 41, 1: " Bonæ fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos facit; „ fr. 40 *l. c.*: " fructus consumtos suos facit; „ fr. 4, § 19 de usurp. 41, 3: " eius fiunt si consumti sunt. „ Vedi inoltre § 35 de rer. div. 2, 1, ed i passi citati nella nota precedente. I giureconsulti romani dicono che il possessore di buona fede non è obbligato a restituire i frutti consumati, che questi diventano suoi, ch' egli li lucra, (fr. 4. § 2 fin. reg. 10, 1), ma essi evitano con ogni cura di adoperare i vocaboli *dominus*, *dominium* o *proprietas*. E di fatti siccome il possessore di buona fede non è obbligato alla restituzione dei frutti consumati, si può ben dire ch' egli li lucra, che li fa suoi, che ha il diritto di consumarli come se fossero suoi proprî, ma non si può dire ch'egli ne sia un vero proprietario, dappoichè altrimenti male si spiegherebbe il diritto nel proprietario di *rivendicare* insieme alla cosa sua anche i frutti esistenti. L' azione di *rivendicazione* suppone necessariamente il dominio in chi la intenta, e non può quindi averlo il possessore di buona fede. E si noti che al proprietario è accordato perfino il diritto di *rivendicare* i frutti dalle mani dei terzi a cui fossero stati venduti dal possessore di buona fede (fr. 25, § 17 de heredi pet. 5, 3). Con ciò cade anche l' argomento di coloro che negano al possessore di buona fede il diritto all' usucapione dei frutti (vedi nota precedente).

[3] L' erede, per esempio, tostochè ha adita l' eredità, diventa immediatamente proprietario di tutti i beni del defunto, ne acquista tutti i crediti e tutti i debiti (vedi § 23, pag. 84).

cede, sia divenuta giuridicamente incapace di conservare essa stessa codesti beni. In secondo luogo si richiede un avvenimento in seguito al quale un altro sia chiamato dalla legge a rappresentare giuridicamente quella persona ed a raccoglierne il patrimonio vacante come suo giuridico successore (*per universitatem successor*).

In diritto antico parecchi erano i casi di successione universale. Così quando taluno subiva la *maxima capitis diminutio*, e perciò diveniva affatto incapace di ogni diritto, il suo patrimonio passava a titolo universale a chi acquistava su di lui la potestà dominica. Se la massima diminuzione di capo era la conseguenza di una pena capitale, i beni del condannato ricadevano mercè la confisca a favore dello Stato. La confisca aveva pur luogo in certi casi della *media capitis diminutio*, cioè quando questa era la conseguenza di una pena capitale. Anche la *minima capitis diminutio* poteva dar luogo ad una successione universale. E difatti quando una persona *sui iuris* diventava *alieni iuris*, ad esempio per arrogazione o per *conventio in manum*, tutto il suo patrimonio passava a titolo universale in chi acquistava l'*ius* sulla medesima. La successione universale aveva pur luogo nel caso della *bonorum venditio* fatta dal *magister bonorum*.[1] Ma il caso più importante di successione universale è quello dell'eredità, di cui ci occuperemo nel libro quinto della presente opera.

## § 74.

### Perdita della proprietà.

La proprietà si perde anzitutto per avvenimenti che colpiscano direttamente l'oggetto della medesima, sia che distruggano fisicamente la cosa, sia che lo facciano perdere giuridicamente la qualità di essere suscettiva di proprietà ponendola fuori di commercio. Per motivi analoghi si perde la proprietà degli animali selvatici che recuperino la loro naturale libertà, e degli animali mansuefatti che perdano l'abitudine del ritorno. In secondo luogo si perde la proprietà per avvenimenti che colpiscano direttamente il subbietto, privandolo della capacità di essere proprietario. Fi-

---

[1] Vedi § 43, pag. 128.

nalmente si perde la proprietà di una cosa per l'acquisto che ne faccia un terzo con o senza la volontà del precedente proprietario, e per l'abbandono o la rinunzia per parte del proprietario.

## § 75.

### Tutela della proprietà. Rivendicazione.

Fra le azioni che la legge accorda a tutela del diritto di proprietà tiene il primo luogo la rivendicazione *(rei vindicatio)*. Essa è quell'azione reale, con cui il proprietario domanda di fronte al terzo possessore o detentore della cosa il riconoscimento del suo diritto di proprietà sulla medesima e in conseguenza la restituzione della cosa stessa con ogni suo aumento.

*Oggetto dell' azione di rivendicazione.* — Si possono rivendicare tutte le cose che sono oggetto di proprietà; vale a dire tutte le cose corporali in commercio, sì mobili che immobili, animate e inanimate, fungibili e infungibili, semplici e composte nonchè le *universitates rerum*, come ad esempio un gregge, un magazzino.[1]

*A chi e contro chi competa l' azione di rivendicazione.* — L'azione di rivendicazione compete al proprietario che non possiede contro ogni terzo detentore. L'attore adunque deve, in caso di contestazione, provare anzitutto il suo diritto di proprietà sulla cosa che rivendica. Qualora egli abbia la cosa per acquisto derivativo, non basta ch'egli provi il titolo del proprio acquisto, ma deve provare altresì la proprietà del suo autore.[2] In secondo luogo incombe all'attore la prova che il convenuto è in possesso della cosa che forma oggetto della rivendicazione. Il proprietario, che possegga la cosa sua, non può valersi dell'azione di rivendica-

[1] Fr. 1 § 1 e 3 de rei vind. 6, 1. Secondo il Codice civile patrio (art. 707 e 708) non si possono rivendicare le cose mobili e i titoli al portatore dalle mani del terzo possessore di buona fede, se non nel caso che sieno rubati o smarriti. (Vedi anche la nota 8, a pagina 182).

[2] Fr. 50 de reg. iur. 50, 17: fr. 20 pr. de acq. rer. dom. 41, 1. La prova del diritto di proprietà acquistata in modo derivativo è così difficile che gli interpreti la chiamarono *probatio diabolica*: a questa difficoltà però è in gran parte rimediato mediante l'istituto dell'usucapione. E difatti se il rivendicante prova di avere posseduto la cosa, o solo od insieme coi suoi autori, pel tempo e colle condizioni volute dalla legge per usucapirla, egli ha provato abbastanza il suo diritto di proprietà. Nel caso poi che l'usucapione non sia peranco compita, egli può agire contro ogni terzo possessore che non abbia un diritto maggiore od eguale al suo, coll'azione pubbliciana (vedi § 77), senza parlare dei rimedi possessorî che gli possono competere (vedi §§ 54 e 55).

zione sotto pretesto che un altro gli contesta il suo diritto di proprietà.[1]

L'azione di rivendicazione può essere promossa contro ogni terzo detentore, cioè non solo contro il possessore giuridico, ma eziandio contro il possessore naturale, insomma contro chiunque si trovi nella possibilità di restituire la cosa.[2] Il possessore naturale però, contro del quale sia intentata la rivendicazione, può evitare la lite designando colui in nome del quale detiene la cosa *(laudatio o nominatio auctoris)*.[3] Il possessore finalmente che impugni il suo possesso lo perde, in pena della menzogna, a favore del rivendicante, senza che questi sia obbligato a provare il suo diritto di proprietà.[4] Una eccezione alle regole fin qui esposte si ha nei due casi della *ficta possessio*, vale a dire quando il possessore abbia cessato dolosamente di possedere la cosa *(dolo desiit possidere)* o quando taluno abbia simulato il possesso per trarre l'attore in inganno e dare agio per esempio ad altri di usucapire la cosa *(liti se obtulit)*.[5]

*Scopo ed effetti della rivendicazione.* — Scopo dell'azione di rivendicazione è il riconoscimento del diritto di proprietà dell'attore, e conseguentemente la condanna del convenuto a restituirgli la cosa coi frutti ed ogni altro suo aumento *(cum ommi causa)*.[6]

Se la restituzione diviene impossibile al convenuto per una causa a lui imputabile, egli è tenuto al risarcimento di tutti i danni verso l'attore *(id quod eius interest)*. Quanto però alla sua imputabilità è d'uopo distinguere il possessore di buona fede da quello di mala fede.[7] Il primo non è tenuto se non della colpa

---

[1] § 2 Inst. de act. 4, 6. — " Sane *uno casu* qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet. „ Questo *unus casus* è quello, in cui chi detiene una cosa in nome di un altro, ricusi di restituire la medesima al proprietario senza cessare per questo di possedere in suo nome. In questo caso il proprietario continua ad esserne il possessore e ciò nonostante può esperimentare la *rei vindicatio.*

[2] Fr. 9 de rei vind. 6, 1.

[3] C. 2 ubi in rem actio exerc. deb. 3, 19.

[4] Fr. 80 de rei vind. 6, 1. In tal caso le parti sono invertite, e il convenuto è tenuto a provare che l'attore non è proprietario.

[5] Fr. 55-27 de rei vind. 6, 1. In questi due casi *dolus pro possessione est,* ed il *fictus possessor* viene condannato, come se possedesse, a tutti i danni, senza che il proprietario perda con ciò il diritto di promuovere la rivendicazione contro il vero possessore (fr. 7 de rei vind. 6, 1).

[6] Fr. 17 § 1, fr. 20 dei rei vind. 6, 1.

[7] Del dolo il convenuto è sempre responsabile (fr. 27 § 3 de rei vind. 6, 1; fr. 13 e 157 § 1 de reg. iur. 50, 17).

commessa dopo la contestazione della lite: il secondo risponde anche della colpa commessa prima della contestazione della lite, [1] e dopo la contestazione della lite risponde perfino del caso fortuito, semprechè non provi che quand'anche egli avesse tosto restituito la cosa al proprietario, questi non avrebbe nè la cosa nè il relativo valore. [2] Gli stessi principî si applicano al caso in cui la cosa da restituire sia deteriorata. [3]

Il convenuto, come si è detto, deve restituire la cosa coi frutti ed ogni altro suo aumento. Il possessore di mala fede deve al proprietario rivendicatore tutti i frutti, tanto percetti che percipiendi; il possessore di buona fede non è tenuto a risarcire il valore dei frutti consumati prima della contestazione della lite, ma da questo momento in poi risponde anche dei frutti che per sua colpa non ha percepito. [4]

*Eccezioni del convenuto.* — Il convenuto ha in primo luogo una *exceptio doli* per certe spese da lui fatte intorno alla cosa altrui. Bisogna distinguere a questo proposito la natura delle spese non meno che quella del possesso. Qualunque possessore può domandare la refezione delle spese indispensabili alla conservazione della cosa (*impensæ necessariæ*). [5] Quanto alle spese dirette ad aumentare l'utilità della cosa (*impensæ utiles*), il possessore di buona fede può esigerne il rifacimento, ma nella misura della vera utilità

---

[1] Se il possessore di mala fede acquistò il possesso per furto o violenza risponde perfino del caso fortuito (fr. 8 § 1, fr. 17 e fr. ult. de cond. furt. 13, 1; fr. 19 de vi 43, 16).

[2] Fr. 15 § 3, fr. 16 pr., fr. 17 § 1, fr. 62 pr. de rei vind. (6, 1); fr. 20 § 21 e fr. 40 pr. de hered. pot (5, 3); fr. 82 § 1 de verb. obl. (45, 1). Se il convenuto ha agito con dolo o con colpa grave, il proprietario è ammesso a determinare col proprio giuramento, detto *iusiurandum in litem*, la quantità dei danni (fr. 68. de rei vind 6, 1).

[3] Fr. 13-15 pr. e fr. 45 dei rei vind. 6, 1; fr. 31 § 3 de hered. pet. 5, 3. — Alcuni autori, come Arndts e Windscheid, mentre ammettono che, quando la cosa è deteriorata, il possessore di mala fede risponda anche della colpa commessa prima della contestazione di lite, insegnano che quando la cosa è totalmente perita per colpa del possessore di mala fede, questi non possa chiamarsi responsabile. Altri invece, come Glück e Mühlenbruch, vanno nell'eccesso opposto e pretendono che il possessore di mala fede sia tenuto sempre anche del caso fortuito, sebbene la cosa sia perita prima della contestazione della lite. Un attento esame delle fonti, e segnatamente dei passi citati nelle due note precedenti, ci conduce a ritenere che se da un canto il possessore di mala fede è sempre tenuto della sua colpa, d'altro canto egli non risponde del caso fortuito che dopo l'incominciamento del processo, a meno che non avesse acquistato possesso per furto o per violenza. (Vedi la precedente nota 1).

[4] § 2 Inst. de act. 4, 6; § 35 de rer. div. 2, 1; fr. 33 a 62 de r. v. 6, 1.

[5] Tranne il vero e proprio *fur*. Const. 6. de r. v. 3, 32; fr. 65 pr. de R. V. 6, 1.

che ne proviene al proprietario con un equo riguardo alle specialità del caso:[1] il possessore di mala fede non ha se non il diritto di togliere i lavori fatti, purchè non danneggi la cosa *(ius tollendi)*.[2] Questo solo diritto ha pure il possessore di buona fede nel caso di spese che non abbiano alcuna utilità (*impensæ voluptuariæ*). Devesi inoltre osservare che il convenuto ha diritto di detrarre le spese fatte per la percezione dei frutti dall' importo dei medesimi frutti da restituirsi, e che dall' altro lato deve compensare coi frutti lucrati le spese di cui può domandare la refezione.[3]

L' altra eccezione, che può opporre il convenuto, è la così detta *exceptio rei venditæ et traditæ*[4] compresa talvolta anche sotto il nome generico di *exceptio doli*. Essa ha luogo in tutti quei casi, nei quali l' attore è bensì proprietario della cosa ma è in obbligo di rilasciarla al convenuto. Ciò avviene principalmente quando taluno ha alienato una cosa di cui non era proprietario e ne acquistò dopo quella alienazione la proprietà,[5] quando il proprietario della cosa diviene successore universale di colui che la alienò,[6] quando il proprietario della cosa l' ha alienata e consegnata sotto una condizione sospensiva, finchè questa è pendente,[7] e in qualche altro caso simile.[8] Se il proprietario in tutti questi casi volesse rivendicare la cosa, si porrebbe in contradizione colla dichiarazione di volontà, che egli ha fatto od ha assunto come propria, e il convenuto può opporgli validamente quella *exceptio* della quale è da notarsi per ultimo che passa non solo ai successori universali, ma anche a qualunque successore singolare tanto attivamente che passivamente.[9]

---

[1] Fr. 38. rei vind. 6, 1.

[2] C. 5. Cod. de R. V. 3, 32,

[3] Fr. 48, 65 pr. De R. V. 6, 1.

[4] Il nome speciale della *exceptio* ci autorizza a credere che nell' antico diritto si limitasse al caso della compra e vendita. Essa fu molto probabilmente uno dei mezzi, coi quali il dominio bonitario respingeva la pretesa del dominio quiritario (Vedi più sopra § 60).

[5] Fr. 1. pr. fr. 2 de exc. r. vend. 21, 3; Fr. 4, § 32 De doli mal. except. 44, 4. Fr. 17 de evict. 21, 2 ; fr. 72 de rei vend. 6, 1.

[6] Fr. 1 § 1 de exc. rei vend, 21, 3; fr. 73 de evict. 21, 2.

[7] Fr. 8 de condict. causa data 12, 4 Fr. 7, § 3 de iure dot. 23, 3.

[8] Fr. 10 de distr. pig. 20, 5. Fr. 49 mand. 17, 1. Fr. 1, § 2 de exc. r. vend. 21, 3.

[9] Fr. 72 de rei vind. 6, 1; Fr. 4 § 32 de dol. mal. exc. 44, 4.

## § 76.

### Azione negatoria.

L' azione negatoria *(negatoria s. negativa in rem actio)* è accordata al proprietario contro quelle lesioni del suo diritto di proprietà che, senza privarlo del possesso della cosa, turbano tuttavia l' esercizio di quel diritto. [1]

Il fondamento dell' azione negatoria è il diritto di proprietà. L' attore sostiene che egli è proprietario, e che il libero esercizio del suo diritto è stato turbato dal convenuto. [2] Appena egli ha provato la sua proprietà e la lesione per parte dell'avversario, egli ha soddisfatto a tutte le esigenze dell' azione. Se il convenuto che si oppone all' azione negatoria sostiene di avere diritto di fare quegli atti dei quali l'attore si lagna, deve necessariamente fornire la prova del preteso suo diritto, dappoichè il diritto di proprietà per la sua stessa natura esclude ogni estranea ingerenza sulla cosa. Provato adunque questo diritto da parte dell' attore, ne scende la logica conseguenza che il convenuto deve astenersi da ogni atto o pretesa sulla cosa stessa, quando non provi in via di eccezione di avervi diritto. [3]

---

[1] Queste lesioni parziali sono di natura positiva o negativa secondochè si agisca sulla cosa altrui contro la volontà del proprietario, o se ne impedisca a quest' ultimo la libera disponibilità. Esempi: § 2 Inst. de act. (4, 6); fr. 8 § 5, fr. 9 pr., fr. 11, 13 e 14 pr. § 1, fr. 17 pr. § 2 si serv. (8, 5); fr. 36 de serv. praed urb. (8, 2); fr. 29 § 1 ad leg. Ag. (9, 2); fr. 2 de arb. caed. (43, 27); fr. 6 § 2 de arb. furt. caes. (47, 7); fr. 4 § 7, si usufr. pet. (7, 6); fr. 15 de op. novi nunc. (39, 1).

[2] Il più delle volte questa lesione parziale del diritto di proprietà dell' attore deriva dalla pretesa del convenuto di avere un diritto reale sulla cosa, e specialmente un diritto di servitù. Da ciò venne probabilmente il nome di *negatoria* all' azione primitiva (*nego ius tibi esse etc*), e questa é pure la ragione per cui molti interpreti considerano l' azione negatoria come esclusivamente intesa a far cessare l' esercizio di una servitù sulla cosa, in chi non ha diritto di esercitarla; ma realmente l' uso di quest' azione è più generale, e si adopera per far cessare qualunque lesione del nostro diritto di proprietà. E si noti che non è nemmeno necessario che esista una lesione effettiva, ma basta per l' esercizio dell' azione negatoria che il convenuto pretenda di avere un diritto che limiti la proprietà dell' attore, per esempio un diritto di servitù, di enfiteusi, di superficie o d' ipoteca (fr. 13 pr. si serv. vind. 8, 5).

[3] Del resto la sentenza, nel caso che il convenuto si riferisca ad un suo preteso diritto sulla cosa e non riesca a provarlo, si limita a dichiarare che il diritto del convenuto non sussiste. L' opinione sostenuta da taluni che l' attore debba provare non solo la proprietà sua, ma eziandio la non esistenza del diritto nel convenuto, e in diretta contraddizione colle

Lo scopo, a cui tende l'azione negatoria, si è in primo luogo quello di far cessare lo stato di cose, dal quale deriva la parziale lesione del diritto di proprietà,[1] quindi di ottenere la refezione dei danni, che l'autore della lesione abbia per sua colpa cagionato al proprietario[2] e secondo le circostanze una cauzione contro il pericolo di turbative ulteriori.[3]

## § 77.

### Azione Publiciana.

Se chi ha acquistato in buona fede e con giusto titolo una cosa, ne perde il possesso prima di avere compito l'usucapione, non può valersi dell'azione di rivendicazione, appunto perchè non può dirsi ancora proprietario; ma egli ha un'azione analoga, chiamata *publiciana in rem actio,* colla quale può agire contro chiunque detenga la cosa con un titolo meno forte. Il pretore Publicio, dal quale l'azione prese il suo nome, introdusse colla medesima una finzione giuridica, trattò cioè il possessore che aveva cominciato l'usucapione, come se l'avesse già compiuta.[4]

Lo scopo e gli effetti dell'azione di rivendicazione e della publiciana sono pressochè identici:[5] ma esse differiscono essenzialmente in questo, che chi intenta la prima deve provare la sua proprietà,

---

fonti e colla natura giuridica dell'azione negatoria, la quale, come abbiamo avvertito, ha per fondamento il diritto di proprietà (fr. 5 si ususfr. pet. 7, 6; fr. 7 de aq. 43, 20; const. 10 de pign. det. 4, 24). Alcuni altri, seguendo un'opinione di mezzo, vorrebbero imporre quella prova all'attore nel solo caso che il convenuto sia nel quasi possesso del diritto che si arroga, ma anche quest'opinione intermedia urta contro il principio che il diritto di proprietà implica in sè la facoltà di escludere ogni ingerenza altrui quando questi non provi di avervi diritto.

[1] Fr. 14 pr. e fr. 17 § 2, si serv. vind. 8, 5.

[2] Fr. 5 § ult. si ususf. pet. 7, 6; fr. 4 § 2, i. f. si serv. vind. 8, 5.

[3] Fr. 7, fr. 12 e fr. 14 pr. si serv. vind. 8, 5. Contro chi è nel quasi-possesso di una servitù personale e detiene quindi la cosa, l'azione negatoria concorre coll'azione di rivendicazione.

[4] Gai. IV. 36: " Datur autem hæc actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse " (vedi anche fr. 1 de publ. in rem act. 6, 2). — Secondo l'opinione di alcuni la *Publiciana in rem actio* servì in origine a tutelare il dominio bonitario contro le pretese del dominio *ex iure Quiritium.* (Vedi più sopra § 60, p. 156).

[5] Fr. 7 § 8, de publ. in rem act. 6, 2.

mentre chi si vale della seconda basta che provi di avere acquistato un possesso atto all'usucapione.[1] Un'altra differenza si verifica di fronte alla persona del convenuto: e difatti mentre la rivendicazione può sperimentarsi contro qualsiasi detentore, l'azione publiciana non può intentarsi con buon successo che contro chi detiene senza titolo o con un titolo inferiore a quello dell'attore. Se il convenuto ha sulla cosa un diritto più forte od eguale a quello dell'attore, può respingere l'azione publiciana. Un diritto più forte è quello del proprietario;[2] un diritto eguale lo ha colui che acquistò egli pure la cosa in buona fede e con giusto titolo. In quest'ultimo caso però bisogna distinguere se le parti contendenti hanno acquistato la cosa dal medesimo autore o da autori diversi: in quest'ultimo caso è migliore la condizione dell'attuale possessore; ma se hanno acquistato dal medesimo autore, vince chi ebbe pel primo la consegna della cosa, sebbene essa si trovi attualmente nel possesso dell'altra parte.[3]

---

[1] Siccome l'azione publiciana si fonda sulla finzione che chi si trova in condizione di usucapire la cosa, l'abbia già usucapita, così è naturale che essa non si applichi alle cose sottratte all'usucapione (fr. 9 § 5, fr. 12 § 4 de publ. in rem act. 6, 2), e che richieda tutte le altre condizioni prescritte per l'usucapione ordinaria (vedi più sopra §§ 67 e 68). Quanto al possesso però è da avvertire che nei casi in cui la pròprietà si acquista di pieno diritto senza bisogno di tradizione, come per esempio nel legato e nel fedecommesso universale, l'azione publiciana può sperimentarsi anche prima dell'effettiva presa di possesso della cosa (fr. 1 § 2, fr. 11 § 2, fr. 12 § 1 e fr. 15 de publ. in rem act. 6, 2).

[2] Il vero proprietario deve naturalmente prevalere a chi è soltanto considerato come tale, e quindi può opporre all'azione publiciana l'*exceptio dominii* (fr. 16 e 17 de publ. act. 6, 2); ma quest'eccezione può alla sua volta essere paralizzata coll'*exceptio rei venditae et traditae* e coll'*exceptio rei iudicatae* (fr. 4 § 32 de exc. doli 44, 4; fr. 24 de except. rei iud. 44, 2).

[3] Fr. 9 § 4 de publ. in rem act. 6, 2: “*Julianus libro septimo Digestorum scripsit: ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui prior res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa possidentis, quam petentis. Quae sententia vera est.*” Se chi acquistò pel primo la cosa è anche possessore al momento in cui si promuove l'azione, è affatto inutile distinguere se abbia acquistato dal medesimo autore o da un altro; egli deve in ogni caso essere tutelato nel suo possesso (*tuendus est*): “*sive ab eodem emimus, sive ab alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius apprehendit, hoc est cui primum tradita est*” (fr. 31 § 2 de act. emt. vend. 19, 1).

## CAPO III.

### DELLE SERVITÙ.

### § 78.

### Nozione ed indole delle servitù.

La servitù è un diritto reale sulla cosa altrui, costituito a vantaggio esclusivo di una determinata persona o di un determinato fondo, e consistente nell'uso, vario a seconda dei casi, della cosa medesima.

L'esame degli elementi di questa definizione farà ancora più chiaro il concetto di questa specie di *iura in re aliena* [1]

La servitù è un diritto *reale.* Ha quindi ad oggetto immediato la cosa, mai il fatto altrui, [2] d'onde il noto principio che « *servitus in faciendo consistere nequit.* »

La servitù è un diritto *sulla cosa altrui.* Il proprietario dunque non può aver mai un diritto di servitù sulla cosa propria: « *nemini res sua servit.* » [3]

La servitù è costituita a vantaggio *esclusivo* di una persona o di un fondo. Di qui viene che non si può sulla servitù costituire un'altra servitù: « *servitus servitutis esse non potest.* » [4]

La servitù è costituita a vantaggio esclusivo di una persona *determinata* o di un fondo *determinato.* E però le servitù, come tali, non si possono cedere: esse sono inalienabili. [5]

La servitù deve recare *vantaggio* al subietto pel quale venne costituita: in altre parole fa mestieri che permetta ad una persona di usare o di godere della cosa altrui, o che renda migliori le

---

[1] L'antico *ius civile* non conosceva altri *iura in re aliena* all'infuori delle *servitutes.* L'enfiteusi, la superficie, il diritto di pegno, come diritti reali, furono una creazione del diritto pretorio. È perciò che questi nuovi *iura in re aliena* assunsero nomi speciali; il nome di *servitus,* che è adattissimo a significare la condizione di una cosa che serve a persona diversa dal suo proprietario, fu riserbato unicamente ai più antichi.

[2] Fr. 15 § 1 de servit. 8, 1: " *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis.... sed ut aliquid patiatur aut non faciat.* "

[3] Fr. 26 de serv. præd. urb. 8, 2 (vedi più sotto § 84).

[4] Fr. I de usu et usufr. 33, 3; fr. 15 de usufr. 7, 1.

[5] Fr. 33 § 1 de serv. præd. rust. 8, 3.

condizioni di un fondo, facendone il godimento più gradito o più proficuo.[1] Se nessuno di questi effetti si verificasse, non esisterebbe servitù; poichè non sarebbe giusto imporre una limitazione all'esercizio della proprietà, quando non ne avesse a risultare utile alcuno per altri.

I diritti che può avere il subietto di una servitù si riducono tutti a diritti d'uso nel largo senso della parola, e quest'uso *varia a seconda dei casi.* In ciò la servitù si distingue nettamente dagli altri *iura in re aliena.* E difatti, mentre il tenore di questi è sempre anticipatamente determinato (in guisa che basta enunciare il nome di enfiteusi, superficie, pegno od ipoteca, per sapere quali sieno i diritti che competono all'enfiteuta, al superficiario, al creditore pignoratizio od ipotecario), i diritti che competono al titolare di una servitù non sono anticipatamente determinati, ma si determinano soltanto di volta in volta, in ogni singolo caso, a seconda della specie particolare di servitù che viene costituita.[2]

## § 79.

### Varie specie di servitù.

Le servitù si dividono in personali e prediali, secondochè sono costituite a vantaggio di una determinata persona o di un deter-

---

[1] Fr. 15 pr. de serv. 8, 1: " Quotiens nec hominum nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet. „ Vedi anche fr. 28 de serv. præd. urb. 8, 2 e fr. 5 de serv. præd. rust. 8, 3.

[2] Per sapere quali diritti spettino al subietto di una servitù, è necessario *specificare* la servitù; e soltanto quando si sarà indicata la specie precisa di servitù (cioè se quella di attingere acqua, di pascolare bestiame, di passaggio, di usufrutto ec.), si conosceranno i diritti da essa derivanti. Questo concetto è spiegato egregiamente da Paolo nel fr. 7 comm. præd. 8, 4: " In tradendis unis ædibus ab eo, qui binas habet, *species servitutis exprimenda est, ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quae servitus excepta est, aut omnis servitus imponi debeat.* „ — Nel resto, per quanto i diritti derivanti da una servitù possano variare a seconda dei casi, essi si riducono pur sempre ad una facoltà di usare in modo più o meno limitato di una cosa altrui. La definizione volgare che danno gli interpreti della servitù (cioè: *un diritto reale stabilito sopra una cosa altrui, in virtù del quale il proprietario di questa cosa deve soffrire o non intraprendere qualche atto in favore altrui),* se poteva avere un qualche valore nell' *ius civile* antico, che non conosceva altri *iura in re aliena* all' infuori delle servitù, non ha più alcun significato, dappoichè tutti i diritti reali su cosa altrui hanno ciò di comune che il proprietario della cosa non sia obbligato a fare. Quella definizione adunque, mentre contiene parole superflue, non dice nulla che valga a distinguere le servitù dagli altri *iura in re aliena.*

minato fondo.[1] Le servitù prediali poi si suddividono in urbane e rustiche; le prime non possono esistere senza un edificio;[2] le ultime possono esistere anche senza che vi sia un edificio.[3]

Altra distinzione delle servitù è quella in positive e negative, secondochè il proprietario della cosa soggetta a servitù deve soffrire che altri faccia (*servitutes quæ in patiendo consistunt*) o deve astenersi dal fare (*quæ in non faciendo consistunt*).

Gli interpreti dividono inoltre le servitù in continue e discontinue, apparenti e non apparenti. Diconsi continue quelle che si possono esercitare indipendentemente dal fatto dell'uomo come per esempio gli acquedotti, gli stillicidi, i prospetti ed altre simili; diconsi poi discontinue quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate, come per esempio la servitù di passaggio, quella di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo e simili.[4] Diconsi apparenti quelle che si manifestano con segni esteriori, come per esempio la servitù di acquedotto; non apparenti quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come quella di non potere alzare la fabbrica oltre una data altezza.[5]

## § 80.

### Delle servitù prediali.

I. Le servitù prediali sono costituite sopra un fondo a vantaggio di un altro fondo. Esse dunque presuppongono sempre due fondi, cioè il fondo servente, sul quale fu imposta la servitù, ed il fondo dominante a vantaggio del quale la servitù è stata costituita.[6]

---

[1] Fr. 1 de servitut. 8, 1. Il Cod. civ. italiano, seguendo un pregiudizio posto innanzi quando si discusse il cod. francese, esclude le personali dal novero delle servitù, e riserva questo nome alle sole servitù prediali.

[2] Tali sono, per esempio, le servitù *oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi, stillicidii* ecc. (vedi più sotto § 81).

[3] Tali sono, per esempio, le servitù di passaggio, di attingere acqua, di pascolare bestiame, di tagliar legna, di scavare arena ecc. Di regola le servitù urbane sono costituite a vantaggio di un edificio, e le rustiche a vantaggio di un fondo rustico; ma ciò non si verifica sempre. La servitù di passaggio, per esempio, può essere costituita a vantaggio di un fondo urbano o di un fondo rustico, ma è sempre una servitù rustica: perchè considerata in sè, non esige come condizione di esistenza un fondo urbàno, ma può sussistere anche fra due fondi rustici.

[4] Cod. civ. art. 617.

[5] Cod. civ. art. 618.

[6] Fr. 23, § 2 de serv. præd, rust. 8, 3; fr. 1, § 1 commun. præd. 3, 4. Se venisse concesso a favore di una persona qualche diritto di godimento sopra fondi, il quale formerebbe una servitù prediale se conceduto fosse a vantaggio di un altro fondo, si avrebbe una servitù personale. Vedi ARNDTS, *Pand.* I, § 177.

Le servitù prediali sono inerenti al fondo e non alla persona che le esercita; in altri termini il proprietario del fondo dominante gode ed esercita il diritto di servitù non già come un diritto inerente alla sua persona, sibbene nella sua qualità di proprietario del fondo dominante; ed il proprietario del fondo servente soffre quell'esercizio, non per un'obbligazione personale di astenersi dal fare o di soffrire, ma perchè è proprietario del fondo servente. Pel fondo dominante le servitù sono quasi una estensione della proprietà: [1] pel fondo servente sono una limitazione della medesima. Da quest'idea giuridica delle servitù prediali derivano le seguenti conseguenze:

Le servitù prediali devono arrecare un vantaggio al fondo stesso, e non soltanto alla persona, [2] e questo vantaggio non deve eccedere i bisogni del fondo. [3] Anche il piacere è una utilità o un vantaggio, per cui tutto ciò che rende più piacevole, più gradito ed ameno l'uso del fondo dominante, può essere obbietto di servitù. [4]

Le servitù prediali devono avere una causa perpetua; vale a dire esse devono soddisfare ad un bisogno permanente del fondo dominante, e riposare sopra una utilità che permanentemente, e non precariamente, può procurare il fondo servente. [5]

---

[1] Fr. 86 de V. S. 50, 16: " Quid aliter sunt iura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? "

[2] Fr. 8 pr., fr. 15, pr. fr. 19 de serv. 8, 1. Non basta adunque che l'attuale proprietario possa in via eccezionale ritrarne una qualche utilità, in vista di un'arte o di una professione sua particolare, ma si richiede che la servitù avvantaggi il fondo stesso, e torni quindi di utilità a tutti in genere i proprietari del medesimo.

[3] Fr. 5 § 1, fr. 6, fr. 24 e 33 de serv. præd. rust. 8, 3. Le servitù poi devono essere esercitate civilmente, cioè nel modo meno oneroso pel proprietario (fr. 9 de serv. 8, 1; fr. 20 § 1 de serv. præd. urb. 8, 2; fr. 13 § 3 de serv. præd. rest. 8, 3; Cod. civ. art. 647).

[4] Fr. 3 pr. de aq. quod. 43, 20 comb. col fr. 15 de serv. præd. rust. 8, 3.

[5] Fr. 28 de serv. præd. urb. 8, 2: " Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, nec tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat, *neque enim, perpetuam causam habet, quod manu fit,* at quod ex cœlo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. *Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent,* et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæ luctus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et *perpetua causa esse debet.* " Confr. fr. 29 *ivi;* fr. 1 § 5 de acqua 43, 20; fr. 1§ 4 de fonte 43, 22: fr. 23 § 1 de serv. præd. rust. 8, 3. La deduzione rigorosa dal principio sulla perpetuità della causa nelle servitù è stata mitigata in pratica, in appoggio anche a quanto dispongono il fr. 9 de serv. præd. rust. 8, 3 e il fr. 2 comm. præd. 8, 4 riguardo alle servitù di attingere acqua e di acquedotto, le quali possono in diritto nuovo essere costituite anche sopra un'acqua non viva, nè perenne.

Le servitù prediali presuppongono tale una relazione locale fra i due fondi, da render possibile che il servente rechi vantaggio al dominante; e però si legge nel testo che i due fondi devono essere vicini. [1] Per cotale vicinanza non s' intende sempre contiguità, ma piuttosto l' assenza fra i due fondi di un ostacolo permanente all' esercizio della servitù. [2]

Le servitù prediali seguono sempre la sorte dei fondi cui sono inerenti; non possono quindi essere alienate, nè oppignorate, nè locate senza di quelli, nè trasportate da un fondo all' altro. E si noti bene, quest' inseparabilità delle servitù prediali dal fondo a cui servono risguarda non solo il *diritto* ma eziandio l' *esercizio* del diritto di servitù. [3]

II. Le servitù prediali sono indivisibili, [4] vale a dire non possono nè acquistarsi nè perdersi per parti. [5] Da questo principio dell' indivisibilità delle servitù prediali risulta che, se il fondo appartiene a più proprietarî, la costituzione di una servitù per parte di uno dei comproprietarî del fondo serviente è nulla, come del pari è nullo l' acquisto di una servitù per parte di uno dei comproprietarî del fondo dominante: [6] lo stesso si dica della obbligazione assuntasi da uno dei condomini di costituire una servitù sopra il fondo comune, e della stipulazione da parte di uno dei comproprietarî del fondo dominante. [7] Dal principio dell' indivisibilità risulta inoltre che se il fondo dominante viene diviso in più parti reali, la servitù compete per intiero a ciascuna parte; [8] e che mediante l' esercizio anche parziale del diritto di servitù si conserva l' intiera servitù. [9]

---

[1] Fr. 5 § 1 de serv. prœd. rust. 8, 3.

[2] Fr. 38 e 39 de serv. præd. urb. (8, 2); fr. 23 § 3 e fr. 38 de serv. præd. rust. (8, 3); fr. 6 pr. e fr. 7 § 1 comm. præd. (8, 4).

[3] Fr. 24 e 36 de serv. præd. rust. 8, 3; fr. 44 locati. 19, 2.

[4] Fragm. Sexti Pomponii (Corp. iuris Anteiust. Bonnens. pag. 169); " Et servitutes dividi non possunt; nam eorum usus ita connexus est, ut qui eam partiatur, naturam eius corrumpat. „ (Vedi anche le note seguenti).

[5] Fr. 32 de serv. præd. rust, 8, 3: " per partes nec acquiri nec imponi servitutes posse „; fr. 8 § 1 de serv. 8, 1: " servitus per partes retinetur. „

[6] Fr. 2 de serv. (8, 1); " Unus ex dominis communium ædium servitutem imponere non potest. „ Vedi anche fr. 11 e 32 de serv. præd. rust. (8, 3); fr. 5 e 6 § 1 e fr. 18 comm. præd. (8, 4); fr. 4 § 3 si serv. (8, 5); fr. 3 de serv. leg. (33, 3).

[7] Fr. 11 e 17 de serv. (8, 1); fr. 19 de serv. præd. rust. (8, 3); fr. 2 § 1, fr. 72 pr., fr. 136 § 1 e fr. 140 § de verb. obblig. (45, 1).

[8] Fr. 23 § 3; de serv. præd. rust. (8, 3); fr. 6 § 1 quemadm. serv. (8, 6).

[9] Fr. 8 § 1 quemadm. serv. 8, 6: „ *is*, qui per partem itineris it, totum ius usurpare videtur. „ Vedi, oltre la precedente nota 5, il fr. 30 § 1 de serv. præd. urb. (8, 2); fr. 34

## § 81.

### Delle singole servitù prediali. [1]

Possono esistere tante specie di servitù prediali, quante sono le maniere di utilità che un fondo può arrecare ad un altro, purchè sieno alle medesime applicabili le regole esposte nei precedenti paragrafi intorno alle servitù in generale ed alle servitù prediali in particolare. Seguendo la divisione romana di *servitutes prædiorum urbanorum*, e di *servitutes prædiorum rusticorum*, esamineremo anzitutto le principali servitù urbane, e poi le principali servitù rustiche.

Servitù urbane. — Le più importanti servitù urbane sono le seguenti:

*Servitus immittendi*. — È il diritto di immettere una trave od altro materiale da costruzione nel muro altrui. [2]

*Servitus oneris ferendi*. — È il diritto di appoggiare le nostre costruzioni su quelle del vicino, per esempio sulla sua parete, sulla sua colonna. Questa servitù differisce dalla precedente in ciò che il proprietario della cosa serviente, se non preferisce di abbandonarla, è obbligato a mantenere la parete o la colonna in buono stato, a ripararla e restaurarla. [3]

*Servitus proiiciendi vel protegendi*. — La *servitus proiiciendi* è il diritto di fare sporgere una parte del nostro edifizio, come una terrazza, un balcone, sopra l'aera del vicino senza che vi riposi, ma in guisa che vi sovrasti. [4] Una specie particolare di tal genere di servitù è la *servitus protegendi*, cioè il diritto di fare sporgere l'estremità del tetto sull'area del vicino, onde preservare le muraglie dalle pioggie, dal gelo e dal vento. [5]

---

pr. de serv. præd. rust. (8, 3). Di qui viene che la rinuncia alla servitù per parte di uno dei comproprietarî del fondo dominante è del tutto inefficace, e che la servitù non cessa se il proprietario del fondo dominante diventa condomino del fondo serviente o viceversa (Vedi, oltre i passi riferiti, anche il fr. 27 de serv. præd. rust. 8, 3. e il fr. 13 § 1 de accept. 46, 4, e l'interessante caso deciso al fr. 31 de serv. præd. rust. 8, 3).

[1] V. Doveri, *Istit.* I, p. 562 e seg. e Pacifici Mazzoni *Istit.* II e *Comment.* II.

[2] Fr. 2 e 6 de s. pr. urb. 8, 2 comb. col fr. 62 de verb. sign. 50, 16.

[3] Fr. 6 § 2, fr. 8 pr. § 2 si serv. vinp. 8, 5; Cod. civ. art. 643.

[4] Fr. 242 § 1 de verb. sign. 50, 16 e fr. 29 § I ad 1. Aq. 9, 2.

[5] V. nota precedente e fr. 1 e 2 de serv. præd. urb. 8, 2.

*Servitus stillicidii, fluminis recipiendi.* — È il diritto di fare scolare sul fondo altrui a goccia a goccia o per mezzo di un canale le acque piovane. [1]

*Servitus altius non tollendi.* — È il diritto d'impedire al vicino di alzare la sua fabbrica oltre una certa altezza. [2]

*Servitus ne luminibus officiatur.* — È il diritto d'impedire al proprietario vicino che intraprenda alcuna opera che menomi la luce. [3] Nelle fonti si fa cenno anche di una *servitus luminum* consistente nel diritto di aprire luci nel muro del vicino o nel muro comune (*ut vicinus lumina nostra excipiat*). [4]

*Servitus ne prospectui officiatur s. prospiciendi.* — È il diritto di impedire al proprietario del fondo serviente di inalzarvi edifizi o piantarvi alberi, od altre cose, che vengano a privare il fondo dominante della veduta o del prospetto. [5]

Meritano pure di essere menzionate: la *servitus cloacæ mittendæ*, cioè il diritto di far passare la propria cloaca pel fondo altrui; [6] la *servitus sterculinii*, ossia il diritto di aprire una fossa da letame accanto al muro del vicino, [7] e la *servitus fumi immittendi*, ossia il diritto di immettere il fumo nel fondo del vicino. [8]

Infine avvertiremo che alcune delle accennate servitù possono essere costituite nel senso opposto, come ad esempio la *servitus altius tollendi*, la *s. officiendi luminibus vicini*, la *s. stillicidii non avertendi*, la *s. fluminis non recipiendi* ec. Codeste servitù si devono considerare come una deroga fatta dai privati alle restrizioni della proprietà portate dagli usi locali. [9]

Servitù rustiche. — Le servitù rustiche sono più antiche delle urbane. Nelle fonti del diritto troviamo specialmente fatta menzione delle seguenti:

*Servitus itineris.* — È il diritto di passare a piedi sul fondo altrui. Chi ha la *servitus itineris* sul fondo altrui può farvisi portare in lettiga, o passarvi a cavallo, quando non sia stato espres-

---

[1] Fr. 2 e 17 § 3, fr. 20 § 2-5, fr. 28 de serv. pr. urb. 8, 2.
[2] Fr. 2, 4, 6, 12, 21 e 32 de serv. pr. urb. 8, 2.
[3] Fr. 4, 6, 15, 17, 22, 23 pr. e 31 de serv. pr. urb. 8, 2.
[4] Fr. e 40 de serv, pr. urb. 8, 2 confr. colla c. 8 si serv. 3, 34.
[5] Fr. 3, 12, 15, 16 de serv. præd urb. (8, 2).
[6] Fr. 7 de serv. 8, 1; fr. 1 § 4 e 6 de cloacis 43, 23.
[7] Fr. 17, § 2 si serv. 8. 5.
[8] Fr. 8. § 5, 6 e 7 si serv. 8, 5.
[9] V. Windscheid, *Pandekten*, I, § 511, pag. 600, nota 11.

samente convenuto il contrario, od il passaggio sia così stretto, da non permettere quei modi di transito senza danno delle piante.[1]

*Servitus actus.* — È il diritto di condurre il bestiame e di passare in carro o vettura sul fondo altrui. Essa comprende implicitamente il diritto di passare a piedi ad uno scopo qualunque, semprechè non sia stato convenuto il contrario.[2]

*Servitus viæ.* — È il diritto di passare sul fondo del vicino nel modo più lato possibile. Chi goda della *servitus viæ*, oltrechè gode dell' *actus* e dell' *iter*, può passare con carri di qualunque grandezza, e trasportare a strascico travi e pietre od altre materie da costruzione.[3]

*Servitus aquæductus.* — È il diritto di condurre l' acqua dal fondo, o pel fondo altrui, nel nostro. Questa servitù implica il diritto di collocare o di mantenere i necessari condotti sul fondo servente.[4]

*Servitus aquæhaustus.* — È il diritto di attingere l' acqua al pozzo o al fonte del vicino: comprende implicitamente l' *iter.*[5]

*Servitus aquæ educendæ.* — È il diritto di far passare sul fondo del vicino l' acqua che si fa uscire dal proprio, in conseguenza di lavori di prosciugamento, impresi nel medesimo.[6]

*Servitus pecoris ad aquam appellendi.* — È il diritto di abbeverare il bestiame all' acqua altrui: comprende implicitamente l' *actus* necessario all' esercizio della servitù.[7]

*Servitus pecoris pascendi.* — È il diritto di pascolare il bestiame sul fondo altrui.[8]

Altre facoltà possono essere costituite come servitù: le fonti menzionano la *servitus calcis coquendæ*, *arenæ fodiendæ*, *cretæ eximendæ* ed altre di minore importanza.

---

[1] Fr. 1 e 7 de serv. pr. rust. 8, 3 comb. col fr. 1 de serv. 8, 1.

[2] Fr. 1, 7 e 12 de s. pr. r. 8, (3), fr. 4 § 1 si serv. (8, 5), fr. 2 quemadum. servit. am. (8, 6).

[3] Fr. 7 pr. de serv. præd. rust. 8, 3.

[4] Fr. 1 pr. fr. 15, 21, 22 de s. pr. r. 8, 3; fr. 9 de serv. 8, 1, e fr. 17 pr. e § 1 de aq. pluv. 39, 3.

[5] Fr. 1 § 1, fr. 3 pr., fr. 4, 6 § 1 de serv. præd. rust. 8, 3.

[6] Fr. 29 de serv. præd. rust. 8, 3.

[7] Fr. 1 § 1; fr. 4 de serv. præd. rust. 8, 3.

[8] Fr. 1 § 1 fr. 3 pr. fr. 4 e 6 § 1 de serv. præd. rust. 8, 3.

## § 82.

### Delle servitù personali.

Le servitù personali sono così inerenti alla persona, in favore della quale sono state costituite, che non possono esserne separate mediante alienazione e si estinguono colla morte della medesima.[1] Oggetto di servitù personale può essere tutto ciò che reca vantaggio alla persona. Le servitù personali, espressamente menzionate nelle fonti, sono l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le opere degli schiavi e degli animali altrui; ma queste non sono le sole.[2]

Dell'usufrutto. — L'usufrutto è il diritto di usare e di fruire delle cose altrui, salva la loro sostanza.[3] La persona cui compete il diritto di usufrutto chiamasi *fructuarius* o *usufructuarius*; la proprietà, dalla quale è dedotto il diritto di usufrutto, dicesi *nuda proprietas;* e il proprietario della cosa soggetta ad usufrutto chiamasi *dominus proprietatis* o *proprietarius.*[4] L'usufrutto è un diritto divisibile, vale a dire esso può costituirsi anche sopra una parte intellettuale della cosa: in questo caso la residua parte può essere consolidata colla proprietà, o può spettare ad un altro usufruttuario.[5]

*Diritto dell'usufruttuario.* — L'usufrutto, come si è detto, consta di due elementi, cioè del diritto ai frutti della cosa, e del diritto di servirsene in ogni altra maniera che non intacchi la sostanza. L'usufruttuario adunque ha diritto di appropriarsi tutti i frutti sia naturali sia civili che produce la cosa di cui ha l'usufrutto.[6] Per acquistare la proprietà dei frutti naturali egli ha bisogno della percezione, talchè tutti quei frutti che al termine dell'usufrutto non sono ancora percetti, non appartengono ai suoi eredi, sibbene al proprietario della cosa soggetta ad usufrutto.[7] Il bosco ceduo può

---

[1] § 3 Inst. de usufr. II, 4; fr. 47 de usufr. 7, 1; fr. 21 de usu 7, 8.

[2] E difatti, quelle stesse facoltà che formano l'essenza delle servitù prediali possono essere concedute anche come servitù personali, ossia come un uso od un usufrutto avente oggetto e tenore più ristretto, senza andar congiunte alla proprietà di un fondo: così per es. le servitù di pascolo, di presa d'acqua ecc. possono essere personali. (Vedi § 80, nota 6. Cf. Arndts, *Pand.* § 177).

[3] „ Usus fructus est. ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia „ (pr Inst. II, 4; fr. 1 de usufr. 7, 1); Cod. civ. art. 477.

[4] § 3 e 4 Inst. de usufr. 2, 4.

[5] Fr. 4, 49 e 50 de usufr. 7, 1; fr. 5 § 2 si ususfr. pet. 7, 6.

[6] Fr. 59 § 1 de usufr. 7, 1: „ Quidquid in fundo nascitur, vel quidque inde percipitur ad fructuarium pertinet. „ Vedi inoltre fr. 9 pr. e fr. 12 § 2 *ivi,* Cod. civ. art. 479.

[7] Lo stesso dicasi dei frutti staccati da un ladro, o abbattuti dal vento, o caduti da sè, che non sieno stati percepiti dall'usufruttuario. Ecco come si esprime a tal riguardo Ulpiano nel fr. 12 § 5 de usufr. 7, 1; „ Iulianus libro trigesimo quinto Digestorum tractat:

dall'usufruttuario essere tagliato a regola d'arte, nei tempi consueti, mentre dagli altri boschi ed alberi non può prendere legname, che per fare i pali necessarî alle vigne, o per le riparazioni necessarie agli edifizi compresi nell'usufrutto, o per far fuoco pel suo uso particolare. Tuttavia fa suo il legname che proviene dai tagli necessari, ed il quale deve di preferenza impiegarsi negli usi ora indicati. Gli alberi atterrati dal vento spettano al proprietario, ma di questi pure può l'usufruttuario prendere tanto, quanto è necessario per sopperire ai bisogni del fondo, di cui ha l'usufrutto, ed al suo consumo personale. Gli alberi che muoiono divengono proprietà dell'usufruttuario, il quale ha però l'obbligo di sostituirne dei nuovi. [1] Egli gode inoltre delle miniere e delle cave che sono in esercizio al cominciare dell'usufrutto. [2] I frutti civili, quali sono i fitti e le mercedi che si ricavano dalla locazione delle cose usufruite, si acquistano giorno per giorno, ed appartengono all'usufruttuario in proporzione della durata dell'usufrutto. [3]

---

si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi, an fructuario? Et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, *nisi ab eo percipiantur*, licet ab alio a terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos, „ (Vedi fr. 13 quib. mod. ususfr. 7, 4: fr. 25 § 1 e fr. 28 de usur. 22, 1: e fr. 28 de usur. 22, 1: e più sopra § 72. p. 190). Pel Cod. civ. (art. 480) appartengono al proprietario i frutti naturali che al termine dell'usufrutto non sono ancora *separati*.

[1] Su questa materia dei boschi e degli alberi vedi fr. 9 § 7, fr. 10. fr. 12 pr., fr. 18, fr. 48 § 1 e fr. 59 § 2 de usufr. (7, 1), e Cod. civ. art. 485-491

[2] Fr. 9 § 2 e 3 e fr. 13 § 5 e 6 de usufr. 7, 1: Cod. civ. art. 1494. Per diritto romano è permesso all'usufruttuario di aprire anche nuove cave e miniere sopra una parte del fondo datogli in usufrutto, semprechè non cangi la destinazione o la forma e non rechi danno alla coltura del fondo (fr. 9 § 3 e fr. 13 § 5 cit.).

[3] Fr. 25 § 2, pr. 26, fr. 58 pr. e fr. 59 de usufr. 7, 1; Cod. civ. art. 481. Per diritto romano il contratto di locazione non passa nè dal proprietario all'usufruttuario, nè dall'usufruttuario al proprietario: ciascuno non ha diritti ed obblighi che verso il proprio conduttore in proporzione dell'uso e godimento che gli ha procacciato (vedi i testî succitati). Per conseguenza se l'usufruttuario, o perchè si è espressamente a ciò obbligato o per altre ragioni, sta alla locazione fatta dal proprietario, egli, e non il proprietario, accorda l'uso e il godimento al conduttore, sino alla durata dell'usufrutto; e viceversa se finito l'usufrutto, il proprietario sta alla locazione fatta dall'usufruttuario, egli solo da questo momento in poi ha diritto ai canoni ed alle mercedi. Anche secondo il Codice civile italiano i fitti e le mercedi si dividono fra proprietario ed usufruttuario in proporzione, ma il codice obbliga il proprietario a rispettare entro certi limiti le locazioni fatte dall'usufruttuario. E difatti l'art. 493 dispone che le locazioni fatte per un tempo eccedente i cinque anni durano per il quinquennio che si trova in corso al momento della cessazione dell'usufrutto; e le locazioni non eccedenti il quinquennio che l'usufruttuario ha pattuito

L'usufruttuario, oltre al diritto di percepire i frutti, ha quello di usare della cosa in tutta la estensione come se fosse proprietario, purchè ne rispetti la sostanza e ne usi da buon padre di famiglia, in quella guisa che l'indole e il destino di essa permettono *(salva rei substantia et secundum conditionem suam)*.[1] Egli dunque non solo deve, nell'uso della cosa, osservare le regole di una buona economia,[2] ma deve inoltre usare della cosa secondo la destinazione che le è stata data dal proprietario,[3] e soprattutto non ha il diritto di eseguirvi cangiamenti che ne alterino sostanzialmente la forma.[4]

L'usufruttuario può disporre del suo diritto come più gli piace cedendone ad altri in tutto od in parte l'esercizio, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, o per un certo tempo o per tutta la durata dell'usufrutto, in guisa che il cessionario possa nel proprio interesse far valere l'usufrutto contro i terzi mediante le azioni reali che competono al cedente; ma egli (l'usufruttuario) non può, rigorosamente parlando, trasferire in altri il suo diritto in modo che questi diventi in suo luogo e vece il vero usufruttuario, e la durata dell'usufrutto si regoli secondo la sua persona.[5] L'usu-

---

più di un anno e più di sei mesi prima della loro esecuzione (secondochè si tratta di fondi rustici o di case) hanno effetto ogniqualvolta la loro esecuzione abbia incominciato prima che cessasse l'usufrutto: nel caso poi che l'usufrutto dovesse cessare a tempo certo e determinato, le locazioni fatte dall'usufruttuario hanno effetto per l'anno in corso, e trattandosi di fondi, dei quali il principale raccolto sia biennale o triennale, per il biennio o triennio in corso al tempo in cui cessa l'usufrutto. E l'articolo 1597 obbliga il compratore, e per analogia anche l'usufruttuario, a stare alla locazione, semprechè questa risulti da scrittura di data certa. Per diritto romano invece, il conduttore, che non avesse potuto godere la cosa per tutto il tempo della locazione, non aveva che un diritto di regresso verso il proprio locatore.

[1] Fr. 1, e fr. 15 pr. de usufr. 7, 1.

[2] Fr. 9 § 2, fr. 13 pr. e § 4, 6 e 8; fr 15 § 4 de usufr. 7, 1.

[3] Fr. 13 § 8 e fr; 15 § 1 de usufr.. 7, 1.

[4] Fr. 7 § 3, fr. 8. fr. 13 § 7, fr. 44 e fr. 61 de usufr. 7, 1.

[5] Fr. 15 fam. hercisc. 10, 2: “ *nec enim ususfructus a personis discedere sine interitu sui potest*: „ fr. 66 de iure dotium. 23, 3: „ *diximus usum fructum a fructuario cedi non posse nisi dominio proprietatis*..... (ut vel locet hunc usufructum mulieri maritus, vel vendat nummo uno) *ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat;* „ § 3, Inst. de usufr. 2, 4: “ *nam cedendo extraneo* (usum fructum) nihil agitur. „ Vedi inoltre fr. 4, fr. 29 § 2 quib. mod. usufr. am. (7, 4); fr. 9 pr. usufr. quem, cav. (7, 9), fr. 15 e fr. 29 de usu leg. (33, 2). Da tutti questi passi risulta ad evidenza che le espressioni “ *vendere, locare, donare usum fructum* „ non indicano già che al compratore, al conduttore, al donatario passi il *diritto*, sebbene l'*eser-*

fruttuario poi non ha diritto di costituire sulla cosa usufruita diritti reali che restringano la proprietà, come sarebbero servitù, enfiteusi ec.[1] E d'altro canto il proprietario ha bensì la facoltà di alienare la sua nuda proprietà, ma non può, senza consenso dell'usufruttuario, costituire servitù nè altrimenti disporre della cosa in modo da ledere il diritto dell'usufruttuario.[2]

*Obblighi dell'usufruttuario.* — Egli deve servirsi della cosa da buono e diligente padre di famiglia, ed è responsabile di tutti i deterioramenti, che la cosa potesse soffrire per colpa sua;[3] deve conservare la cosa in buono stato, e fare quindi tutte le spese necessarie al mantenimento della medesima, quali sarebbero le riparazioni ordinarie degli edifizi, la coltivazione dei fondi, il mantenimento degli animali, la sostituzione di nuove piante a quelle che muoiono per vecchiezza, la surrogazione nella mandra e nel gregge degli animali periti ec.[4] Egli deve sopportare tutti i pesi inerenti alla cosa, come ad esempio le imposte, le contribuzioni di guerra, le spese di assicurazione.[5]

Finito l'usufrutto egli deve restituire la cosa coi frutti non ancora percetti nello stato in cui la ricevette, ma non è responsabile dei deterioramenti avvenuti senza sua colpa.[6] Se abusa della cosa usufruita, il proprietario può chiederne la restituzione anche prima del termine dell'usufrutto.[7]

---

*cizio* del diritto. Lo stesso dicasi dell'oppignoramento dell'usufrutto: oggetto del pegno non è già il *diritto* di usufrutto, ma l'*esercizio* del medesimo, per cui, se cessa l'usufrutto per morte dell'usufruttuario o per altra causa, cessa immediatamente anche il diritto di pegno del creditore (fr. 8 pr. quib. mod. 20, 6: " *usufructu extincto pignus hypothecave perit* „ Anche il Codice civile patrio dispone (art. 492) che " l'usufruttuario può cedere l'*esercizio* dell'usufrutto. „ (Nel progetto Pisanelli era detto che l'usufruttuario potesse cedere il *diritto* di usufrutto, ma la proposta Pisanelli non venne accettata).

[1] L'usufruttuario può bensì dare in pegno l'usufrutto, ma l'oggetto del pegno non è già la cosa usufruita nè il diritto di usufrutto ma l'*esercizio* di questo diritto (vedi nota precedente, e più sotto, capo 5).

[2] Fr. 15 § 7, fr. 16, e fr. 17, pr. de usufr. 7, 1. Nell'antico *ius civile* non poteva il proprietario costituire servitù sulla *res fructuaria* nemmeno col consenso di chi ne aveva l'usufrutto, ma questa massima antiquata non ha più pratica applicazione nel diritto giustinianeo. Vedi Arndts, *Pandecten*, § 179, nota 5).

[3] Fr. 9 pr. de usufr. 7, 1; fr. 1 § 3 usuf. quemadm. cav. 7, 9, e nota seguente.

[4] Fr. 7 § 2 e 3, fr. 9 § 6, fr. 12 § 5, fr. 13 § 2, fr. 15 § 2 e 7, fr. 18, fr. 45, fr. 59, fr. 64 § 1, fr. 68 e 70 de usufr. (7, 1); Cod. civ. art. 501-514.

[5] Fr. 7 § 2, fr. 27 § 3 e fr. 52 de usufr. 7, 1; Cod. civ. 506-509.

[6] Fr. 7, § 2, fr. 15, § 7, fr. 65, § 1 de usuf. 7, 1; e fr. 1, § 7 ususfr. quemadm. 7, 9.

[7] Fr. 1, § 5 usufr. quemadm. cav. 7, 9. Appena occorre avvertire che qualora l'usufruttuario danneggi la cosa usufruita, può essere tenuto dell'azione di danni e di ingiurie

Per garantire l'esecuzione degli obblighi sovraccennati, l'usufruttuario è tenuto per legge di dare cauzione al proprietario, che non vi abbia rinunziato:[1] finchè questa cauzione non è stata prestata, il proprietario può ricusarsi di consegnargli la cosa, e qualora gliela avesse già consegnata, può rivendicarla, od esigere la cauzione con apposita azione.[2] In alcuni casi però quest'obbligo cessa.[3] L'usufruttuario può, rinunciando al suo diritto, sottrarsi per l'avvenire agli obblighi relativi, ma risponde naturalmente di tutti i danni cagionati per sua colpa prima della rinunzia.[4]

*Del quasi-usufrutto.* — L'usufrutto essendo il diritto di usare e fruire di una cosa salva la sostanza della medesima, non può essere costituito sulle cose che coll'uso si consumano. Ma un Senatusconsulto dei primi tempi dell'impero stabilì che si potesse costituire per legato l'usufrutto di tutte le cose componenti il patrimonio di una persona, onde si trasse la conseguenza che si potesse legare l'usufrutto anche delle cose consumabili.[5] Per tal modo si formò un rapporto giuridico analogo all'usufrutto, che prese il nome di quasi-usufrutto.[6] Ammesso una volta quel principio si dovette estendere alle *res incorporales*, e fu ammesso il quasi-usufrutto di diritti, e principalmente di diritti di credito.[7] Anche sopra un intiero patrimonio può essere costituito un usufrutto, nel qual caso si avrà un vero e proprio usufrutto riguardo

come qualunque altra persona che danneggi le cose altrui (fr. 13, § 2 e fr. 15, § 3 e fr. 66 de usufr. 7, 1).

[1] Fr. 1, pr. e fr. 12 usufr. quem. cav. 7, 9; fr. 46 de pactis. 2. 14.

[2] Fr. 13 pr. de usufr. 7, 1 e fr. 7 pr. e fr. 12, usuf. quemadm. 7, 9.

[3] Sono esenti dall'obbligo di dare cauzione: il padre per riguardo all'usufrutto del peculio avventizio del figlio; il donante che si riserva l'usufrutto della cosa donata; il coniuge che passando a seconde nozze conserva l'usufrutto sui lucri dotali; il marito per riguardo all'usufrutto datogli in dote, e finalmente quell'usufruttuario al quale deve ricadere in un tempo certo e determinato anche la proprietà della cosa usufruita.

[4] Fr. 64 e 65 de usufr. 7, 1.

[5] Fr. 1 de usufr. ear. rer. 7, 5: " Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo Senatusconsulto indictum videtur, ut earum rerum, quæ usu tolluntur vel minuuntur possit ususfructus legari. "

[6] Fr. 2, § 1 l. c.: " Quo Senatusconsulto non id effectum est, ut pecuniæ ususfructus proprie esset; nec enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit; sed remedio introducto cœpit quasi ususfructus haberi. "

[7] Fr. 3 e 4 de usufr. ear. rer. 7, 5.

alle cose non consumabili, ed un quasi-usufrutto relativamente alle consumabili.[1]

Il quasi-usufrutto conferisce a chi ne gode la proprietà delle cose, sicchè gli dà diritto di consumarle, salvo l'obbligo di restituirne un'eguale quantità della stessa qualità, od il valore stimato in contanti. E quest'obbligo di restituzione è guarentito mediante una cauzione, che il quasi-usufruttuario deve prestare a colui al quale deve esser fatta la restituzione.[2]

Riguardo alle cose che coll'uso non si distruggono, ma perdono il loro valore, come per esempio le vesti, si può costituire un vero e proprio usufrutto od un quasi-usufrutto: ciò che decide è l'intenzione di chi lo ha costituito.[3] Sui diritti di credito si può costituire un vero e proprio usufrutto, se si concede soltanto il diritto di riscuoterne e goderne gli interessi: se però, come in dubbio si deve ritenere, è stato concesso anche il diritto di esigere l'oggetto del credito, si avrà ora un vero usufrutto ed ora un quasi-usufrutto, secondo la natura dell'oggetto: trattandosi per esempio del diritto di riscuotere un capitale, si ha un quasi usufrutto, appunto perchè il danaro contante appartiene alle cose consumabili.

Dell'uso. — L'usufrutto si compone di due elementi: il diritto di usare della cosa ed il diritto di fruirne. Se il primo di questi due diritti è eretto in servitù separata, si ha il *nudus usus sine fructu*, ossia la servitù di uso (*usus*). L'*usus* può definirsi: il diritto di usare una cosa altrui secondo la sua natura e destinazione, senza il diritto di percepirne i frutti.[4] L'usuario adunque può servirsi della cosa per tutti gli usi a cui essa è destinata, ma non può prenderne alcun frutto o prodotto, sia in natura, sia in contanti. Di qui viene che l'usuario non solo non può cedere il suo diritto, ma nemmeno l'esercizio del medesimo.[5] Talvolta però ac-

---

[1] Fr. 3 de usufr. ear. rer. 7, 5.

[2] Fr. 2, 4, 6, 7. 9, 10 e 11 de usufr. ear. rer. 7, 5; Cod. art. 483.

[3] Così si conciliano i fr. 15 § 4 e 5 de usufr. (7, 1) e fr. 9 § 3 usufr. quemadm. (7, 5) col § 2 de usufr. (2, 4). Se venne lasciato l'usufrutto di un intiero patrimonio, del quale fanno parte cose che coll'uso si deteriorano, si ritiene in dubbio che di queste cose siasi lasciato il quasi-usufrutto; se invece si costituì l'usufrutto sulle cose che si deteriorano, come tali, si deve ritenere che siasi costituito un vero e proprio usufrutto (Cod. art. 484).

[4] Fr. 2 pr. de usu 7, 8: “ Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest, „ Fr. 1 § 1 eod. “ nudus usus, i. e. sine fructu. „

[5] Fr. 8, 11 e 12 de usu 7, 8; § 1-3. Inst. de usu 2. 5; Cod. civ. art. 528.

cade che chi ha costituito la servitù d'uso abbia avuto l'intenzione di concedere di più di quanto esprimono le parole, come, per esempio, se taluno avesse lasciato il diritto d'uso di una somma di danaro, di un bosco ceduo, o di altre cose, le quali, col semplice uso, non procurano alcun vantaggio. In tali casi è lecito ritenere che il disponente abbia inteso di concedere, anzichè il semplice uso, un diritto più o meno esteso di fruire della cosa. Le fonti ci danno i seguenti esempi. Se a taluno fu legato l'uso di una casa, non ha solo il diritto di abitarvi egli stesso, ma può tenervi eziandio la famiglia e le persone addette alla medesima e ricevervi un ospite; e qualora la casa fosse troppo grande per l'usuario e la sua famiglia, gli si permette di appigionare le stanze che gli avanzano.[1] Colui al quale fu lasciato l'uso di un fondo rustico, ha non solo il diritto di starvi e di passeggiarvi, ma eziandio quello di percepirne i frutti limitatamente a' suoi bisogni ed a quelli della famiglia.[2] A chi fu lasciato l'uso di un gregge è lecito prendere anche un po' di latte pel suo uso personale.[3] Il legato finalmente dell'uso di un bosco ceduo viene interpretato come un legato dell'usufrutto,[4] e quello dell'uso di cose consumabili è parificato al quasi-usufrutto.[5]

Gli obblighi dell'usuario sono in generale uguali a quelli dell'usufruttuario, specialmente per ciò che riguarda la restituzione della cosa e la relativa cauzione.[6] Tuttavia egli non è tenuto alle spese ed ai carichi che in proporzione dei frutti che ritrae dalla cosa.[7]

L'uso, a differenza dell'usufrutto, è indivisibile, al pari delle servitù prediali.[8]

Dell' abitazione. — L'abitazione è una servitù personale in virtù della quale si può abitare una casa altrui, o locarla, salva

---

[1] Fr. 4 § 1 de usu 7, 8: " Mulieri autem si usus relictus est, posse eam et cum marito habitare, Q. Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo. " V. anche fr. 2 § 1, e fr. 8 l. c.

[2] Fr. 10 § 4, fr. 12 § 1 e fr. 15 de usu 7, 8; Cod. civ. art. 521.

[3] Fr. 12 § 2 de usu 7, 8.

[4] Fr. 22 pr. de usu 7, 8.

[5] Fr. 5 § 2 e fr. 10 § 1 de usuf. ear. rer. 7, 5.

[6] Fr. 5 § 1 e fr. 11 usufr. quemadm. 7, 9, e fr. 15 § 1 e fr. 22 e 23 de usu 7, 8.

[7] Fr. 18 de usu 7, 8; Cod. civ. art. 527.

[8] Fr. 19 de usu 7, 8: " Usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus. "

la sostanza, e rispettata la destinazione della medesima. Disputavasi fra i giureconsulti romani se la servitù dell'abitazione dovesse riguardarsi come servitù d'uso o d'usufrutto. Giustiniano le attribuì uno speciale carattere riconoscendole alcune facoltà inerenti all'usufrutto e privandola di alcune altre. Così ne venne un diritto reale *sui generis* più esteso dell'uso ma più limitato dell'usufrutto. Ed infatti chi ha la servitù d'abitazione non può cederla gratuitamente ad un terzo, ma può invece locarla,[1] ed inoltre la servitù d'abitazione, al contrario di quella di uso, non si estingue nè per il non uso nè per la *capitis diminutio.*[2] Nel resto valgono le regole relative alla servitù dell'uso.[3]

Opere degli schiavi e degli animali. — La *servitus operarum* è il diritto di percepire ogni utile dalle opere degli schiavi o degli animali altrui. Questa servitù ha grande analogia coll'usufrutto ed obbliga essa pure a prestare la cauzione;[4] ma differisce in ciò che è indivisibile, e che non si estingue essa pure nè per non uso nè per *capitis diminutio.*[5]

## § 83.

### Costituzione delle servitù.

Nel diritto civile antico le servitù si costituivano mediante la *in iure cessio*, ch' era in questo caso un simulacro dell'azione confessoria, come per le cose corporali essa era una simbolica rivendicazione;[6] le servitù rustiche però, che si comprendevano fra le *res mancipi*, potevano acquistarsi anche col mezzo di una *mancipatio.*[7] Questo secondo atto solenne di acquisto serviva del resto a costituire qualunque servitù, quando si mancipava la cosa stessa de-

---

[1] § 5 de usu. (2, 5): fr. 10 pr. 2 e 3 de usu. (7, 8): c. 13 de usufr. (3, 33). Il Cod. civ. non ammette il diritto di locare l'abitazione (a. 528).

[2] Fr. 10 pr. de usu. (7, 8), fr. 10 de cap. dim. (4, 5).

[3] Fr. 5, § 3 usufr. quemadm. 7, 9.

[4] Fr. 5 § 3 usufr. quemadm. 7, 9.

[5] Fr. 2 de op. serv. 7, 7: fr. 2 de usu. et usufr. 33, 2. L'opinione di alcuni che questa servitù si trasmette sempre agli eredi è infondata; ciò che passa all'erede non è la servitù, ma il legato nel caso che il legatario muoia prima del *dies legati cedens* (vedi Windscheid, *Pand.* § 208, nota 8).

[6] Gai. II, 26-33: Ulp. XIX, 11. (Vedi § 61, p. 159 e 160).

[7] Gai. II, 29. (Ved. § 61, 158 e 159, e le note *ivi*).

traendone al tempo stesso una servitù a favore di colui che trasferiva il dominio, *deducta servitute.*[1]

La *mancipatio* e la *in iure cessio* erano i soli atti che potessero costituire una servitù civile *(servitus iure constituta)*. Vi erano però alcuni altri casi, nei quali un vizio subiettivo od obiettivo impediva che prendesse vita una servitù civile, ma pure il rapporto giuridico era garantito e difeso dal pretore (*servitus tuitione prætoris constituta*). Così, mentre gli editti del pretore peregrino e i provinciali dovettero tutelare le servitù fra i peregrini, fu ritenuta sufficiente per acquistare una servitù sopra un fondo provinciale una semplice convenzione, *pactio*, alla quale soleva aggiungersi una solenne stipulazione, mediante la quale il costituente obbligava sè ed i suoi eredi a permettere l' esercizio della servitù.[2] Siffatta stipulazione non bastava in origine a creare una vera e propria servitù, ma obbligava il costituente al risarcimento di tutti i danni o al pagamento della penale pel caso ch' egli od i suoi eredi avessero posto ostacolo all' esercizio della servitù. In progresso di tempo però si accordò al pretore un' azione reale, una *utilis confessoria actio.* La stessa tutela, che era concessa alle servitù costituite sopra un fondo provinciale, competeva, sempre per diritto pretorio, a chi della cosa non fosse stato che semplice domino bonitario, non meno che a chiunque avesse acquistata una servitù dall' enfiteuta o dal superficiario.[3] Anche quando l'atto era vizioso nella forma, e faceva difetto il *dominium auctoris*, non prendeva vita una servitù civile: anche in questo caso però il pretore cominciò ad attribuire un certo valore alla semplice tradizione e al possesso che ne era la conseguenza. Quanto alle servitù personali difatti il loro esercizio era connesso colla detenzione della cosa, e per le servitù prediali, almeno per le affermative, si considerò come tradizione l' esercizio dall' una parte e la tolleranza *(patientia)* dall' altra.[4] A tutela del quasi possesso della ser-

---

[1] Ciò era possibile anche colla *in iure cessio* (Gai. II, 33; Vatic. Fragm. 47 e 50).

[2] Gai, II, 31. Di regola si aggiungeva alla stipulazione una pena pel caso di contravvenzione alla servitù. Vedi anche fr. 33, § 10-12, fr. 2 § 5 e 7, fr. 49, § 2, fr. 50, fr. 85, § 3 e fr. 131 pr. de verb. oblig. (45, 1).

[3] Vat. Fragm. 61. Fr. 1 pr. quib. mod. ususfr. amit. 7, 4; fr. 1, § 6 e 9 de superf. 43, 18.

[4] Vat. Fragm. 61. Fr. 11, § 1 de publ. act. (6, 2): fr. 1, § 2 de serv. praed. rust. (8, 3); fr. 1, § 9 de superf. 43, 18.

vitù, che nasceva da questa specie di tradizione, il pretore accordò gli interdetti e l'azione publiciana.[1]

Il diritto giustinianeo non riconosce se non i seguenti modi di costituzione delle servitù: la convenzione, la disposizione d'ultima volontà, la legge, l'aggiudicazione e l'usucapione.

*Convenzione.* — Abolite le forme della *in iure cessio* e della *mancipatio*, si estese naturalmente la disposizione che riguardava i fondi provinciali, e si ammise che bastasse la convenzione, il consenso cioè del proprietario che vuole assoggettare la cosa alla servitù e di colui che intende acquistarla. Nè a costituire la servitù è necessaria oltre la convenzione la quasi tradizione del diritto.[2] La servitù può essere costituita, oltrechè dal proprietario, anche dall'enfiteuta e dal superficiario, finchè dura il loro diritto,[3] e sotto una condizione, un termine od un modo.[4] Infine anche nel diritto giustinianeo è concesso di costituire una servitù riservandola nell'atto di trasferire il dominio.[5]

*Atto d'ultima volontà.* — Tutte le servitù possono venire costituite con un atto di ultima volontà, ma per lo più sono le personali quelle che per questa guisa si costituiscono.

*Legge.* — Per pura disposizione della legge non sorge se non la servitù personale dell'usufrutto, come per esempio l'usufrutto legale che compete al padre sul peculio avventizio dei discendenti che sono nella potestà.[6]

*Aggiudicazione.* — Il giudice può costituire delle servitù in un processo di divisione di eredità, in cui per esempio si accordi

---

[1] Vedi più sopra § 56, e più sotto § 85, p. 222.

[2] Fu già opinione dominante che questa *quasi traditio* fosse indispensabile nel diritto giustinianeo. Oggi è invece il contrario. Ed infatti le fonti dicono espressamente che le *pactiones* e le *stipulationes* servono a costituire una servitù: se alcuni passi parlano di una tradizione, non è per dichiararla assolutamente necessaria: e non deve finalmente fare difficoltà il principio (esposto più sopra nel § 64) che un semplice patto non serve a trasferire il dominio, ma è necessario si aggiunga la consegna della cosa, perchè questo principio non si estende agli *iura in re aliena* che sono cose incorporali, mentre anche i diritti reali di enfiteusi, di superficie e d'ipoteca sorgono dalla semplice convenzione.

[3] Fr. 1 pr. quib. mod. ususfr. 7, 4; fr. 1, § 9 de sup. 43, 18.

[4] Fr. 4 pr. de serv. 8, 1, comb. con Vat. Fragm. 48-52: fr. 16, § 2 fam. erc. 10, 2; c. 512 de usufr. 3, 33.

[5] Fr 32, 36 § 1 e fr. 54 de usufr. (7, 1): 34 de serv. praed. urb. (8, 3): fr. 30 de serv. praed. rust. (8, 3).

[6] C. 6 de bon. quae lib. (6, 61); Cod. civ. art, 228, 753, 812, 814.

dal medésimo la proprietà ad uno, l' usufrutto ad un altro;[1] oppure nella divisione di un fondo, nella quale sia necessario accordare ad uno dei condomini un diritto di passo sulla porzione toccata all' altro.[2]

*Usucapione (lungo uso).* — Anche le servitù, come il diritto di proprietà, possono essere costituite mediante un possesso protratto per un tempo più o meno lungo.[3] I requisiti, che il diritto giustinianeo richiede per questo possesso, sono i seguenti. Esso deve continuare senza alcuna interruzione: colui che esercita il diritto non deve perderne l' esercizio medesimo, il che può per esempio avvenire per le servitù discontinue con una lunga interruzione degli atti che lo costituiscono. Esso non deve essere neppur turbato, il che avviene sempre colla litiscontestazione.[4] Il possesso deve essere giuridico, vale a dire deve esistere l' intenzione di esercitare un diritto di servitù (*animus ius sibi habendi*).[5] Esso non deve inoltre soffrire di alcun vizio di clandestinità, di violenza o di precarietà.[6] Finalmente esso deve continuare per dieci anni fra presenti, e per vent' anni fra assenti.[7]

---

[1] Fr. 6 § 1 de usufr. 7, 1, fr. 16 § 1 e 2 fam. erc. 10, 2.

[2] Fr. 7 § 1 comm. div. 10, 3. Il giudice può ancora dichiarare costituita una servitù allo scopo di eseguire una sentenza che imponga al condannato l' obbligo della costituzione di una servitù.

[3] Il possesso consiste nell' esercizio del diritto di servitù *(iuris quasi possessio*: vedi più sopra § 56, p. 150-151). L' antico diritto conosceva una *usucapio servitutum*, la quale venne però abolita da una legge Scribonia (fr. 4 § 29 de usurp. 41, 3). Accanto però alla regola che le servitù non potevano essere oggetto di usucapione, si stabilì a poco a poco il principio che un *diuturnus usus*, una *longa quasi possessio* fosse capace di produrre l' acquisto di una servitù (fr. 10 pr. si serv. vind. 8, 5; fr. 1 § ult. de aqua et aq. pl. arc. 39, 3; fr. 1 § 3 de itin. 43, 19), ed in base a questo lungo uso si accordò una *utilis confessoria ractio.*

[4] Arg. c. 2 de ann. exc. 7, 40.

[5] Fr. ult. quemadm. serv. amitt. 8, 6; fr. 1 § 6 e fr. 7 de itin. 43, 19. Non sono al contrario richiesti per l' usucapione delle servitù i requisiti della buona fede e del giusto titolo, ma basta che il possesso non sia nè clandestino, nè violento, nè precario (Vedi nota seguente).

[6] Fr. 10 pr. si serv. 8, 5; fr. 1 § ult. de aq. 39, 3.

[7] Paul. Rec. Sent. X, 5. § 8: c. 2 de serv. 3, 34: c. 12 in fine de praescr. l. t. 7, 33. Il cod. civ. non ammette nè l' usucapione ordinaria nè la straordinaria dei 30 anni e nemmeno la immemoriale per le servitù discontinue apparenti o no o per le servitù continue non apparenti; le servitù che sono ad un tempo continue ed apparenti si acquistano col possesso legittimo decennale, semprechè esista un titolo debitamente trascritto che non sia nullo per difetto di forma, o col possesso di 30 anni, se mancano queste condizioni (articoli 629, 630, 685, 686, 2136 e 2137). Il Cod. civ. ammette inoltre l' acquisto delle servitù per destinazione del padre di famiglia (art. 632).

## § 84.

### Estinzione delle servitù.

Le servitù si estinguono per confusione, per distruzione della cosa servente, per distruzione del loro subietto, per rinunzia, per prescrizione e finalmente per il verificarsi della condizione risolutiva e per lo spirare del termine.

*Confusione (o consolidazione).* — La servitù si estingue per confusione, quando il diritto di proprietà e il diritto di servitù vengono a riunirsi nella medesima persona.[1] La servitù estinta in tal guisa non rivive pel solo fatto che quei due diritti tornino di nuovo a separarsi.[2] ma può accadere che venga ripristinata per disposizione del giudice,[3] o che esista una speciale obbligazione per il suo ristabilimento.[4]

*Distrazione della cosa servente.* — Se la cosa soggetta alla servitù è intieramente distrutta, o sottratta al commercio, la servitù si estingue per mancanza di oggetto.[5] Le servitù personali poi si estinguono non solo per distruzione totale della cosa servente, ma anche per una sostanziale trasformazione della medesima,[6]

*Distruzione del subietto.* — Le servitù prediali si estinguono per la distruzione del fondo dominante al quale sono inerenti;[7]

---

[1] Fr. 1 quemadm. serv. 8, 6: " Servitutes prædiorum confunduntur, si idem utriusque prædii dominus esse cœperit. " (Vedi anche Cod. civ. art. 664). — La confusione assume il nome speciale di consolidazione quando si verifica nella servitù di usufrutto: " finitur usufructus, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit, quæ res consolidatio appellatur. " (§ 3, Inst. de usufr. 2, 3).

[2] Fr. 30 de serv. pr. urb. 8, 2 e fr. 10 comm. præd. 8, 4.

[3] Fr. 57 pr. de usufr. 7, 1.

[4] Fr. 18 de serv. (8, 1); fr. 9 comm. praed (8, 4); fr. 116 §§ 4 de leg. 1, (30).

[5] Pr. Inst. de usufr. 2, 4; fr. 2 de usufr. 7, 1; Cod. civ. art. 662.

[6] Così, per esempio, l'usufrutto di una casa si estingue se questa cade in rovina, ed il fruttuario non ha alcun diritto sui materiali e sull'area che rimangono della medesima. (Paull. recept. sent. III, 6 § 31 e § 3 Inst. de usufr. 2, 4: fr. 5 § 2 quib. mod. ususfr. 7, 4); l'usufrutto di una quadriglia di cavalli si estingue se perisce uno dei cavalli che la compongono (fr. 10 § 8 e fr. 11 quib. mod. ususfr. 7, 4). Il Codice civile dispone invece che se l'usufrutto è stabilito sopra un edifizio, e questo venga a perire, l'usufruttuario avrà diritto di godere dell'area e dei materiali, salva la facoltà al proprietario di occupare l'area e valersi dei materiali per la costruzione di un nuovo edifizio, pagando all'usufruttuario gli interessi del valore dell'area e dei materiali (capov. art. 520).

[7] Fr. 20 § 2 de serv. præd. urb. 8, 2; fr. 3 quemadm. serv. 8, 6.

le servitù personali cessano colla morte della persona, a cui favore vennero costituite, o colla sua *magna capitis diminutio.* [1] Le servitù personali costituite a favore di una persona giuridica non ponno in nessun caso eccedere la durata di cent' anni. [2]

*Rinunzia.* — Chi ha un diritto di servitù può rinunziarvi mediante contratto o con disposizione d' ultima volontà. Il diritto civile antico richiedeva per l' estinzione delle servitù mediante atti tra vivi la *in iure cessio*, cioè una simbolica *vindicatio libertatis rei* o la *remancipatio.* [3] Il semplice contratto, senza la solennità della *in iure cessio* o della *remancipatio* non accordava che un'eccezione al proprietario per opporsi all' ulteriore esercizio della servitù, a cui erasi rinunziato. [4] Nel diritto giustinianeo basta il semplice contratto, che può essere conchiuso anche tacitamente, come avviene nel caso che l' usufruttuario acconsenta senza riserva alla vendita della cosa usufruita. [5] Per la rinunzia ad una servitù prediale nel caso del condominio si richiede il consenso di tutti i comproprietarî del fondo dominante e del fondo servente. [6]

*Prescrizione.* — Le servitù si estinguono per prescrizione, quando non vengano esercitate per dieci o venti anni. [7] Per l'estinzione delle servitù personali e delle servitù prediali rustiche basta il *non uso* di dieci o vent' anni, ma per l' estinzione delle servitù urbane, che sono suscettive di un esercizio continuo, si richiede inoltre l' *usucapio libertatis*; vale a dire è necessario che il proprietario della cosa servente abbia agito in opposizione alla servitù, che il proprietario del fondo dominante non vi si sia opposto, e che quell' atto non sia inoltre viziato da clandestinità o da pre-

---

[1] § 3 Inst. de usuf. 2, 4: pr. de usu. 2, 5; fr. 3 § 3 quib. mod. ususfr. am. 7, 4. Se però viene espressamente stabilito che la servitù personale passi agli eredi, tale disposizione non é nulla (fr. 38 § 12 de verb. obl. 41, 4; fr. 5 pr. quib. mod. ususfr. 7, 4; arg. c. 14 de usufr. 3, 33, comb. con fr. 65 de verb. sign. 50, 16. Vedi anche fr. 19 § 4 comm. div. 10, 3 fr. 38 § 10 de verb. obl, 45, 1.

[2] Fr. 56 de usufr. 7, 1. Il nostro Codice civile ha ridotto questo termine a 30 anni (art. 518).

[3] Gai. II, 30; Paul. III, 6, § 32.

[4] Fr. 4 de serv. 8, 1.

[5] Fr. 4 § 42 de doli exc. 44, 4, fr. 8 pr. quemadm. serv. am. 8, 6; § 3 I. de usufr. 2, 4.

[6] Fr. 34 pr. de s. pr. r. 1. 8, 3. (Vedi la nota 6, a p. 204, § 80).

[7] C. 16 § 1 de usufr. 3, 3; c. 13 de serv. 3, 34. Il Codice civile patrio richiede il non uso di trent' anni (art. 515, 529 e 666).

carietà, che finalmente lo stato di cose prodotto dal medesimo abbia durato per dieci o vent'anni. [1]

Infine avvertiremo che le servitù personali si estinguono di pieno diritto anche col verificarsi di una condizione relativa e collo spirare del termine convenuto. [2] Le servitù prediali invece non si estinguono *ipso iure* per quei due modi, ma soltanto *ope exceptionis*. [3]

## § 85.

### Azioni che tutelano la servitù.

La legge accorda a tutela del diritto di servitù un'apposita azione reale, *confessoria in rem actio*, la quale può essere intentata eziandio come *quasi publiciana actio;* ed inoltre accorda azioni possessorie tendenti a tutelare il quasi possesso delle servitù.

*Azione confessoria.* — Si chiama confessoria quell'azione che serve a far valere e proteggere un diritto di servitù. L'azione confessoria è per le virtù ciò che pel diritto di proprietà è l'azione di rivendicazione: di qui anche il nome di *vindicatio servitutis*. [4]

L'azione confessoria compete a chi ha il diritto di servitù contro chiunque contesti quel diritto o ne turbi l'esercizio. L'attore adunque deve provare l'esistenza del suo diritto: nelle servitù prediali deve provare altresì di essere proprietario del fondo do-

---

[1] Fr 6 de serv. præd. urb. 8, 2: („ Hæc autem iura similiter, ut rusticorum quoque prædiorum, certo tempore *non utendo* pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul *libertatem usucapiat*, veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero; ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius tuum *(meum)* permanent. „); fr. 32 *ivi*, e Codice civile art. 667. Vedi anche fr. 4, § 29 de usurp. 41, 3. — Il termine della *libertatis usucapio* era avanti Giustiniano un biennio, come per il *non usus* un biennio per gli immobili, un anno per i mobili.

[2] Fr. 15 de usuf. 7, 4.

[3] Fr. 4 de serv. 8, 1.

[4] Anche la procedura nell' *actio confessoria* è sempre stata analoga a quella la *rei vindicatio*.

minante,[1] senza distinguere s'egli n'abbia, o no, il possesso.[2] L'azione confessoria è accordata *utiliter* anche a quelli che sono interessati direttamente all'esistenza della servitù in causa di un diritto di enfiteusi, di superficie o di pegno,[3] ed a quelli che hanno aquistate la servitù dall'enfiteuta o dal superficiario.[4]

L'azione confessoria si dirige contro chiunque impedisca l'esercizio del diritto di servitù, o contesti quel diritto.[5]

Lo scopo dell'azione confessoria è di far riconoscere il diritto di servitù, e per conseguenza di far cessare le turbative che il convenuto arreca all'esercizio del medesimo. Accessoriamente serve a far indennizzare l'attore dei danni sofferti per le turbative, ed in caso di bisogno a fargli ottenere una cauzione *de non amplius turbando.*[6]

*Azione (confessoria) publiciana.* — L'azione confessoria è data come publiciana a chi ha il possesso di buona fede del fondo a cui favore è stata costituita la servitù, a chi non ha peranco compita l'usucapione della servitù, e finalmente a chi ha bensì acquistato il diritto di servitù, ma preferisce la prova più facile della publiciana.[7]

*Azioni possessorie.* — A tutela del possesso delle servitù personali, l'esercizio delle quali va congiunto colla detenzione della

---

[1] Fr. 16 de eucep. 44, 1: " Fundum Titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est; et dico præterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi; si viam petam, exceptionem: QUOD PRÆIUDICIUM PRÆDIO NON FIAT, utilem tibi fore putavit; *videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim, fundum Titianum meum esse.* " Che se il fondo dominante spetta a più comproprietarî, siccome le servitù prediali sono indivisibili, l'azione confessoria spetta in solido a ciascun comproprietario (fr. 4 § 3 e fr. 6 § 4 si serv. vind. 8. 5). Vedi più sopra § 80, p. 204 e le note *ivi.*

[2] Fr. 6 § 1 e fr. 8 § 3 si serv. vind. 8, 5.

[3] Fr. 3 § 3 e fr. 9 de op. nov. nunc. 39, 1. Nel fr. 1, § 4 de remiss. (43, 25) il giureconsulto Giuliano accorda l'*actio confessoria utilis* anche all'usufruttuario, turbato nell'esercizio di una servitù prediale costituita a favore del fondo usufruito; ma secondo l'opinione contraria di Paolo e Ulpiano l'usufruttuario non può esperimentare l'*actio confessoria utilis* per far valere la servitù stabilita a favore del fondo di cui egli ha l'usufrutto, ma deve intentare la *vindicatio usufructus*, la quale presuppone il possesso della cosa nel convenuto: nel resto il risultato pratico di queste due azioni è affatto identico (fr. 1 pr. e fr. 5 § 1 si usufr. pet. 7, 6).

[4] Vedi più sopra § 83, p. 216, e la nota 3 *ivi.*

[5] Fr. 4 § 5 e fr. 10 § 1 si serv. vind. 8, 5.

[6] Fr. 4 § 2 e 3, fr. 6 § 6 e fr. 7 si serv. vind. 8, 5.

[7] Vedi più sopra § 77, p. 198, § 83, p. 216, e nota 4 *ivi.* Vedi inoltre fr. 11 § 1 de publ. 6, 2 e fr. 1 § 2 de S. P. R. 8, 3.

cosa, si applicano per analogia gli interdetti possessorî che servono a tutelare il possesso delle cose corporali, cioè gl' interdetti *uti possidetis*, *de vi* e *de precario.*[1]

Per alcune servitù prediali esistono appositi interdetti, cioè l'interdetto *de itinere actuque privato*, accordato a chi ha esercitato in modo non vizioso almeno durante trenta giorni dell'ultimo anno la servitù di passo;[2] gli interdetti, *de aqua quotidiana et æstiva*, accordati a chi ha acquistato in buona fede e senza vizio l'uso di valersi dell'acqua altrui, o tutto l'anno o nella state;[3] l'interdetto *de rivis reficiendis*, onde poter riparare e restaurare i condotti dell'acqua;[4] l'interdetto *de fonte*, per difendere l'esercizio del diritto di attingere acqua all'altrui fonte, *et de fonte reficiendo* per potere restaurare il fonte;[5] l'interdetto *de cloacis (privatis)*, onde potere ripulire la cloaca.[6]

Il possesso di quelle servitù prediali, l'esercizio delle quali consiste nell'avere il godimento di un certo stato di cose, come è di regola il possesso delle servitù urbane affermative, è garantito dall'interdetto *uti possidentis.*[7]

Il diritto comune, seguendo i principî delle leggi canoniche, accorda le azioni possessorie per tutelare il possesso di qualunque specie di servitù: così pure il Codice civile patrio.[8]

---

[1] Fr. 4 uti poss. (43, 17); fr. 3 § 13-17; fr. 9 § 1; fr. 10 de vi (43, 16); fr. 12 § 2 de usufr. (7, 1) e fr. 2 de prec. (43,26).

[2] Tit. Dig. de itin. act. priv. 43, 19.

[3] Tit. Dig. de acqua quot. et æstiva 43, 20.

[4] Tit. Dig. de rivis 43, 21,

[5] Tit. Dig. de fonte 43, 22.

[6] Tit. Dig. de cloacis 43, 23.

[7] Fr. 8 § 5 si s. v. (8, 5); fr. 3 § 5-7 usi poss. 43, 17.

[8] Art. 685 e 694. Vedi più sopra § 56, p. 150 e 151.

## CAPO IV.

### ENFITEUSI E SUPERFICIE.

### § 86.

**Cenni storici sull' enfiteusi avanti Giustiniano.**[1]

L' enfiteusi, quale ci si presenta nel diritto giustinianeo, differisce per la origine e per la sostanza dai rapporti giuridici analoghi che si trovano nell' epoca classica, nè il diritto, che ne risulta, fu sempre considerato come un diritto reale.

La prima forma di quel rapporto giuridico fu la locazione degli *agri vectigales*, che erano in generale le terre soggette ad una imposta (*vectigal.*)[2] pagabile o allo Stato o al comune o ad una corporazione religiosa. Vi appartenevano: in primo luogo l' *ager publicus populi Romani*, il territorio occupato per diritto di conquista e dato in possesso a persone private verso il suddetto correspettivo:[3] quindi tutti gli *agri privati* del territorio provinciale, il cui dominio apparteneva allo Stato:[4] gli *agri vectigales* delle città dati in affitto perpetuo a persone private:[5] finalmente le terre appartenenti ai collegî dei *sacerdotes* e delle *virgines vestales.*[6]

I possessori degli *agri vectigales* erano tutelati nel loro possesso con un interdetto proibitorio,[7] ed il rapporto giuridico, che sorgeva alla locazione dei medesimi, era regolato dall' azione contrattuale. Ma l' uso sempre più invalso di costituire locazioni perpetue con diritto di alienare e trasmettere i fondi per successione universale mosse il pretore ad accordare a quei possessori

---

[1] Lo studio più recente e più accurato sulla storia dell' enfiteusi è quello del professore Elia Lattes, *Studî storici sopra il contratto d' enfiteusi nelle sue relazioni col colonato*, Torino 1868. (V. *Archivio giuridico*, IV, p. 672).

[2] Festus s. v. *Vectigal.*

[3] Per i *pascua* questo correspettivo dicevasi *scriptura.* V. Festus s. v. *scripturarius ager.*

[4] Gai II, 7.

[5] Fr. 1 pr. D. si ag. rect (6, 3).

[6] Hygin. Ed. Lachmann, pag. 117.

[7] Fr. 1. De loco publ. fruend. (43, 9). Cf. *Tab. Heracl. 73-76, Lex Thoria* c. 42.

una tutela più efficace, cioè un' *utilis in rem actio*, detta anche *actio vectigalis*, finchè adempissero alla loro obbligazione.[1]

Accanto alle locazioni degli *agri vectigales* e indipendentemente da esse sorse nei dominî dell'erario e del principe l'istituto dell'*enfiteusi*, il cui nome, che diventò poi generale, ci rivela come avesse origine nelle provincie grecoloquenti.[2] L'enfiteusi non fu forse dapprima se non la semplice concessione del diritto di coltivare e piantare nelle terre fiscali incolte.[3] Essa divenne però ben presto una vera e propria locazione, analoga a quella degli *agri vectigales*, di terre non già incolte, ma meno coltivate, verso un correspettivo determinato (che chiamavasi ordinariamente *canon* o *pensio*): ma il suo scopo non fu tanto la conservazione delle terre, come era nelle locazioni ordinarie, quanto il loro miglioramento. Dalle terre fiscali si estese a quelle dei municipî, dei collegi sacri, delle persone private, ed anche gli enfiteuti godettero il privilegio della proprietà e della libera trasmissibilità (*ius perpetuarium*).[4] Nella legislazione finalmente, che andò regolando il rapporto giuridico nascente dall' enfiteusi (*ius emphyteuticum*), è da notarsi la costituzione di Zenone, che risolvette la questione sempre viva fra i giureconsulti sulla natura del diritto enfiteuticario.[5]

## § 87.

### Dell' enfiteusi nel diritto giustinianeo.

*Nozione.* — L'enfiteusi è quel diritto reale, alienabile e trasmissibile, sopra una cosa immobile altrui, in forza del quale si ha il pieno godimento della cosa, come un proprietario, purchè non la si deteriori, e si paghi un annuo canone al proprietario della medesima. Chi ha questo diritto chiamasi enfiteuta *(emphy-*

---

[1] Fr. 1 § 1, fr. 2 e 3 si ag. vect. (6, 3); Cf. LATTES op. cit. pag. 32 segg. — Da qui la giurisprudenza cominciò a considerare l'*ius in agro vectigali* come un *ius in re aliena*: e da qui sorse la questione se avendo esteso fino a tal punto il diritto del conduttore non si avesse piuttosto una vendita che una locazione. (Gai III, 145; fr. 1, § 1 si ag. vect. (6, 3); fr. 71, § 4, 6, de leg. I (30).

[2] LATTES op. cit. pag. 45.

[3] Cf. l'*ius implantandi* del fr. 3, § 4 de reb. eor. qui sub. tut. (27, 9).

[4] LATTES op. cit. pag. 50 segg.

[5] Cost. I. de iure emphyt (4, 66); fr. § 3, I. de locat. et cond. (3, 24). — Vedi la precedente nota 1, e più sotto § 88.

*teuticarius*), il proprietario dicesi *dominus emphyteuseos*, e la cosa *fundus emphyteuticus* o *emphyteuticarius*.

*Diritti ed azioni dell'enfiteuta.* — L'enfiteuta ha diritto di usare e di godere della cosa e delle sue accessioni nel modo più ampio possibile, senz'essere vincolato ai limiti che sono imposti all'usufruttuario;[1] egli adunque può fare sulla cosa tutti i cambiamenti che reputi utili e necessari, purchè non la deteriori,[2] ed acquista la proprietà dei frutti naturali tostochè sono separati.[3] Può alienare il suo diritto, può trasmetterlo per atti di ultima volontà, può oppignorarlo, e sottoporre la cosa a servitù per tutta la durata dell'enfiteusi.[4] A tutela del suo diritto egli ha un'azione reale, analoga a quella che spetta al proprietario, (*utilis rei petitio*, detta anche *actio vectigalis*) contro chiunque lo privi del possesso della cosa.[5] Egli ha altresì l'*actio negatoria utilis* contro chi si arroga servitù od altri diritti sulla cosa, e l'*actio confessoria utilis* per far valere le servitù costituite a favore del fondo enfiteutico.[6] Chi ha acquistato l'enfiteusi in buona fede da un non proprietario può valersi dell'azione publiciana.[7] L'enfiteuta ha inoltre le azioni possessorie per tutelare il suo possesso.[8]

*Obblighi dell'enfiteuta.* — L'enfiteuta è obbligato a mantenere il fondo enfiteutico in buono stato, a soddisfare le im-

---

[1] § 3 Inst. de loc. cond. 3, 24; fr. 1, § 1, si ager. vect. pet. 6, 3; Cod. civ. art. 1556 e 1561. Il nostro Cod. civ. (art. 1561 cap.) accorda inoltre all'enfiteuta gli stessi diritti che avrebbe il proprietario quanto al tesoro che si scopra nel fondo enfiteutico, mentre per diritto romano l'enfiteuta, come tale, non ha nessun diritto sul tesoro, e solo può acquistarne una metà come inventore (fr. 1 de loco publ. fruendo 43, 9; § 39 de rer. div. 2, 1).

[2] Nov. 7 cap. 3 § 2; Nov. 120 cap. 6.

[3] Fr. 25 § 1 de usur. 22, 1. (Vedi più sopra § 72).

[4] § 3 Inst. de loc. (3, 24); fr 75 § 5 e 6; fr. 39 § 5 de leg. 1 (30); fr. 16 § 2 de pign. act. (13, 7); fr. 13 § 3 e fr. 31 pign. (20, 1); fr. 1 pr. quib. mod. ususfr. (7, 4); Cod. civ. art. 1562. Pel nostro Codice l'enfiteuta può inoltre redimere il fondo enfiteutico, mediante il pagamento di un capitale corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale (art. 1514), e per la legge 24 gennaio 1864 mediante la corrisponsione di tanta rendita pubblica quanto è l'ammontare del canone, se esso è dovuto a corpi morali (vedi *Archivio Giuridico* V. p. 189 e nota 3 *ivi*).

[5] Fr. 1 § 1 e fr. 2 si ager. vect. 6, 3; fr. 15 § 26 de damn. inf. 39, 2; fr. 66 pr. de evict. 21, 2. (Vedi più sopra § 54 e 55),

[6] Fr. 16 de serv. 8, 1. (Vedi più sopra § 76 e 85).

[7] Fr. 12 § 2 2 de pub. act. 6, 2. (Vedi più sopra § 77).

[8] Fr. 23 § 1 de aq. pluv. 39, 3; fr. 5 § 3 arb. furt. cæs, 47,

poste e tutti gli altri pesi che gravitano sul fondo,[1] ed a pagare al proprietario l'annuo canone, senza che possa esigere una diminuzione per cattive raccolte o per un deperimento parziale del fondo enfiteutico.[2] Siffatto canone può essere fissato in danaro o in natura, cioè in una quantità di frutti naturali del fondo.[3] L'enfiteuta, che vuole alienare il suo diritto di enfiteusi, deve ottenere il permesso del proprietario: questi ha il diritto di essere preferito a chiunque altro nella compra dell'enfiteusi; e perciò l'enfiteuta deve notificargli la sua volontà di vendere e le relative condizioni, ed egli può usare del suo diritto di prelazione durante due mesi. Se decorso questo tempo il proprietario non si è risoluto a comprare, nè ad approvare l'alienazione voluta dall'enfiteuta, questi può consumarla senza il consenso del proprietario. Alienando il suo diritto, l'enfiteuta è obbligato a pagare al proprietario la quinquagesima (*laudemio*), cioè il 2 % del prezzo o del valore dell'enfiteusi.[4] I diritti e gli obblighi dell'enfiteuta possono venire modificati ne' singoli casi, cioè più o meno estesi o limitati, ma il pagamento di un canone è requisito essenziale per l'esistenza del diritto di enfiteusi.[5] Considerando l'estensione e l'importanza dei diritti che competono all'enfiteuta, il quale, come abbiamo veduto, gode del fondo enfiteutico nel modo più ampio possibile, ed ha una rivendicazione *utilis*, analoga a quella che spetta al proprietario, i glossatori, e poi in generale tutti i pratici, ritennero l'enfiteusi quale una specie di dominio, cui diedero il nome di *dominio utile*, in contrapposto al *dominio diretto* che riconobbero nel proprietario; ma la nomenclatura non meno che il concetto sono contrarî all'essenza del diritto di proprietà ed estranei al diritto romano che nell'enfiteusi riconobbe mai sempre un *ius in re aliena.*[6]

---

[1] C. 3 de iure emph. 4, 66; Nov. 7 cap. 3 § 2; Nov. 120 cap. 8, Cod. civ. art, 1556 e 1558. Il diritto romano non concede all'enfiteuta il diritto di chiedere un compenso per le migliorie (vedi le leggi citate); il Cod. civ. it. invece glielo accorda (art. 1566).

[2] C. 1 de iure emph. 4, 66; § 3 de loc. 3, 24; Cod. civ. art. 1559.

[3] C. 21 de loc. 4, 65; Cod. civ. art. 1556.

[4] C. 3 de iure emph. 4, 66. Pel C. civ. non è dovuto alcun laudemio, ma il concedente può, ogni ventinove anni, chiedere la ricognizione del proprio diritto dal possessore del fondo enfiteutico (art. 1562 e 1563).

[5] Cod. civ. art. 1556 e 1557.

[6] Fr. 71 § 1 de leg. 1 (30); fr. 29 pr. quib. mod. usufr. 7, 4.

## § 88.

### Costituzione dell' enfiteusi.

L' enfiteusi si può costituire per convenzione, per disposizione d' ultima volontà, per usucapione e finalmente per disposiziene dell' autorità giudiziaria.

*Convenzione.* — La convenzione, colla quale si costituisce l' enfiteusi, chiamasi contratto enfiteuticario, che non è nè vendita nè locazione, ma un contratto regolato da norme particolari, come decise Zenone con apposita costituzione.[1] Anche il contratto enfiteuticario non abbisogna della susseguente consegna, affinchè sorga il diritto. Da esso nasce anzitutto un' azione personale per ambedue i contraenti, e poi un' azione reale *(vectigalis in rem actio)* a favore dell' enfiteuta.[2] Per le enfiteusi ecclesiastiche si richiede la scrittura.[3]

*Disposizione d'ultima volontà.* — Il proprietario può lasciare a titolo di legato un' enfiteusi sopra un proprio fondo, senza che si richieda un contratto fra l' erede e il legatario.

*Usucapione.* — Per usucapione si può acquistare l' enfiteusi tanto nel caso che in precedenza non esistesse alcuna enfiteusi sulla cosa,[4] quanto in quello che si acquisti in buona fede il possesso di una enfiteusi già esistente.[5]

---

[1] C. 1 de iure emphyt. 4, 66; § 3 de locat. 3, 24 (v. § 86, pag. 225).

[2] Fr. 1 § 1 si ager vect. (3, 3); " Qui in perpetuum fundum fruendum *conduxerunt* a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit *competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem; sed et adversus ipsos municipes.* „ Molti autori, fra cui il Vangerow, ritengono necessaria la tradizione; ma, oltrechè in nessun luogo del testo è espressamente richiesta la tradizione, il passo surriferito dimostra con tutta chiarezza che l' azione reale compete agli enfiteuti contro il concedente ed ogni terzo possessore tostochè *fundum fruendum conduxerunt.* La tradizione è necessaria per fondare la *publiciana in rem actio,* ma non per l' *actio vectigalis.*

[3] Nov. 120 cap. 6, § 2. Per le altre enfiteusi la scrittura non è richiesta che per quei patti che derogano alle norme generali del rapporto giuridico enfiteuticario (c. 1 de iur. emphyt. 4. 66).

[4] Per esempio: Taluno acquista in buona fede un' enfiteusi da un non proprietario che gliene trasferì il possesso a quello scopo; ossia il proprietario riconosce di fatto come enfiteuta il possessore, e questi ne esercita in buona fede il diritto.

[5] Per esempio: Taluno costituisce un' enfiteusi a favore di Caio; Sempronio s'impossessa in buona fede di questo diritto e lo esercita per dieci anni. In questo caso l' enfiteusi è perduta per Caio ed acquistata per usucapione da Sempronio. Molti autori negano la possibilità dell' usucapione dell' enfiteusi, ed alcuni ammettono l' usucapione straordinaria dei 30 o 40

*Disposizione del giudice.* — È bensì difficile, per non dire impossibile, che il giudice si vegga indotto ad aggiudicare ad una delle parti un diritto di enfiteusi in un giudizio divisorio, ma può verificarsi benissimo il caso che il giudice, dopo avere riconosciuto con sentenza l'esistenza dell'obbligazione del convenuto di costituire un'enfiteusi, dia esecuzione alla propria sentenza e dichiari costituita l'enfiteusi che il condannato si è rifiutato di costituire. In questo caso l'enfiteusi è costituita per decreto del giudice. [1]

Avvertiremo infine che un'enfiteusi già esistente può essere trasferita in altri, sia per volontà dell'enfiteuta *mortis causa* e *inter vivos*, sia per decreto del giudice. [2] Nel primo caso si richiede la tradizione. [3]

## § 89.

### Estinzione dell'enfiteusi.

L'enfiteusi si estingue in primo luogo in tutti quei modi, coi quali hanno termine tutti gli altri *iura in re aliena*, cioè per la totale distruzione del fondo, [4] per confusione o consolidazione, per l'adempimento della condizione risolutiva e per lo spirare del termine [5] per reciproco consenso dell'enfiteuta e del proprietario. [6]

---

anni, ma non l'ordinaria dei 10 anni, in base al fr. 12 § 2 de publ. 6, 2; ma, prescindendo che questo passo non parla del *diritto* di enfiteusi, sibbene del *fondo* enfiteutico, esso accorda esplicitamente l'azione publiciana per far valere il possesso di buona fede del diritto di enfiteusi: ora l'azione publiciana si fonda appunto sulla finzione dell'usucapione compita. Del resto, l'usucapione è stata ammessa non solo per la proprietà, ma anche per le servitù (sebbene la legge Scribonia avesse abolito l'antica *usucapio servitutum*), e quindi non si sa capire perchè non debbasi far lo stesso per l'enfiteusi, che è un istituto giuridico intermedio fra la proprietà e le servitù, molto analogo all'usufrutto. Che poi il diritto di enfiteusi possa usucapirsi in dieci anni pel Codice civile italiano risulta dagli art. 415, 685 e 2137.

[1] Vedi più sopra § 88, p. 218 e nota 2 *ivi*.

[2] Fr. 7. pr. comm. div. 10, 3; fr. 10 fam. hero 10, 2.

[3] Arg. fr. 12 § 2 de publ. 6, 2; fr. I. § 7 de sup. 43, 18.

[4] C. 1 in fine de iure emphyt. 4, 66; Cod. civ. art. 1560.

[5] Fr. 3 si ager vect. 6, 3. Il Cod. civ. accorda inoltre il diritto dell'affrancazione: art. 1564. (Vedi pag. 226, nota 4).

[6] C. 3 de iure emphyt. 4, 66 comb. c. 3 de oblig. et act. 4, 10. Non basterebbe una semplice renunzia dell'enfiteuta a causa della natura bilaterale del contratto enfiteutico. Pel Cod. civ. l'enfiteuta può rinunziare, quando sia perita una parte notabile del fondo, e la rendita della parte restante non basti a pagare interamente il canone (art. 1560).

Modi speciali della sua estinzione sono la prescrizione, la decadenza, la morte dell' enfiteuta senza successori.

*Prescrizione.* — Perchè l'enfiteusi si estingua per prescrizione non basta il semplice non uso per parte dell' enfiteuta, ma si richiede l' *usucapio libertatis*. Il proprietario cioè deve possedere durante il tempo ordinario il fondo come libero dal diritto enfiteutico. È del pari conforme ai principî già posti che l' enfiteusi si estingua col decorso del tempo, quando l' enfiteuta stesso o il suo possessore acquistino per usucapione la proprietà del fondo ad essa soggetto, non meno che quando un estraneo usucapisca il fondo nel tempo stesso contro il proprietario e contro l' enfiteuta.

*Decadenza.* — L' enfiteuta è privato del suo diritto a titolo di pena nei casi seguenti: quando deteriori il fondo, [1] quando tardi tre anni nella soluzione del canone o delle pubbliche imposizioni, o soli due anni in una enfiteusi ecclesiastica, [2] quando finalmente nell' alienare il suo diritto non adempia agli obblighi accennati di sopra. [3]

In tutti questi casi l' enfiteuta decade *ipso iure* dal suo diritto: ma il proprietario può anche rinunziare a servirsi del diritto di far dichiarare la decadenza, nel qual caso s' intende che l' enfiteusi non sia mai cessata.

È da osservarsi per ultimo che l' enfiteusi si estingue quando l' enfiteuta muoia senza successori e senza avere disposto in altro modo del suo diritto. [4]

## § 90.

### Del diritto di superficie.

*Cenni storici sul diritto di superficie.* — Anche il diritto di superficie, come quello enfiteutico, non fu considerato dapprima come un diritto reale. La sua origine deve cercarsi nelle concessioni fatte dallo Stato a singoli cittadini di fabbricare sopra il suolo pubblico, non meno che nello sviluppo che prese la città

[1] Nov. 120 cap. 8. Const. 3 de iure emphyt. 4, 68. Naturalmente le deteriorazioni di una parte del fondo si compensano coi miglioramenti fatti in altre parti.

[2] Nov. 7, cap. 3 § 2; Nov. 120, cap. 8.

[3] Const. 3 de iure emphyt. 4, 66. V. § 87, pag. 227.

[4] Alcuni vorrebbero a torto che in questo caso il diritto enfiteutico ricadesse al fisco.

di Roma sul finire della repubblica e che fece sorgere la necessità di numerose e vaste abitazioni. Con tutta probabilità i pochi proprietarî del suolo della città di Roma (Stato, collegî sacri, ricchi privati) accordarono a speculatori il permesso di fabbricare contro pagamento di un annuo canone *(solarium)* quelle case dette *insulæ*, che essi poi affittavano ai singoli abitanti. Delle prime concessioni, che abbiamo accennato, possediamo ancora un monumento, che riguarda la costruzione di un edifizio sul suolo pubblico, presso la colonna di M. Aurelio. [1]

I modi del resto di acquistare un diritto di superficie erano più e diversi. Esso acquistavasi sia mediante una concessione ottenuta di fabbricare sopra il terreno altrui, sia mediante una compra limitata alla fabbrica *(superficies)* senza il suolo, sia finalmente mediante la conduzione a lungo termine od in perpetuo di un edifizio od anche di un solo piano del medesimo. Nei primi due casi l'acquirente ed il concessionario non potevano acquistare la proprietà nemmeno dell'edifizio, poichè essa si riteneva inseparabile da quella del suolo. [2] Concedevasi perciò il diritto di superficie contro il pagamento di un *solarium* [3] e per diritto civile non sorgeva da quei rapporti giuridici se non un diritto di obbligazione. Il pretore però accordò a tutela di quel diritto un *interdictum de superficie* analogo a quello *uti possidetis*, e finalmente una *utilis in rem actio* analoga all'azione di proprietà, [4] che però il pretore si riserbava di accordare *causa cognita*. [5] Da questo tempo in poi il diritto di superficie fu considerato come un diritto reale, alienabile e trasmissibile agli eredi.

Dalle premesse nozioni storiche risulta il vero concetto del diritto di superficie, che può definirsi: un diritto reale, alienabile e trasmissibile agli eredi, in virtù del quale si ha in perpetuo, o almeno per lungo tempo, il pieno e illimitato godimento di tutta o di parte determinata della superficie di una cosa immobile altrui.

---

[1] Zell. 337 — Orell. 39. Ivi si legge a lin. 6-10: " . . Ei permissum sit ædificare . . pecunia sua, præstiturus solarium, sicut ceteri. „ Vedi anche Diony, X, §1 e 32.

[2] Fr. 2 de superficie. (43, 18): " Superficiarias ædes appellamus, quæ in *conducto solo* positæ sunt, quarum proprietas *et civili et naturali iure* eius est, cuius et solum. „

[3] Fr. 15 qui pot. (20, 4); fr. 2, § 17 ne quid in loc. publ. (43, 8).

[4] Dig. 43, 18 de superficiebus. Cf. fr. 3, § 7 uti possid. (43, 17).

[5] Fr. 1, § 3 de superficieb. (43, 18).

*Diritti ed azioni del superficiario.* — Il superficiario ha diritto di godere pienamente dell' edificio;[1] può trasmettere il suo diritto ai propri eredi sia testamentari, sia legittimi; può lasciarlo a titolo di legato; può disporne per atto tra vivi, alienandolo con o senza compenso; può anche ipotecarlo e sottoporlo ad altri vincoli, i quali durano tanto quanto il diritto di superficie.[2] A tutela del suo diritto, il superficiario ha una *utilis rei vendicatio*, così pure la *negatoria* e la *confessoria in rem actio*, e rispettivamente l'azione publiciana;[3] a tutela del possesso del suo diritto egli ha poi, oltre gli interdetti ricuperatori, l'*interdictum de superficiebus*, introdotto ad analogia dell'interdetto *uti possidetis*.[4]

*Obblighi del superficiario.* — Il superficiario ha l'obbligo di pagare tutte le imposizioni che gravitano sulla superficie, e di pagare un'annua retribuzione (*solarium*, *pensio*), semprechè sia stata stabilita.[5]

*Costituzione della superficie.* — Il diritto di superficie si costituisce per contratto, per legato, per donazione, per disposizione dell' autorità giudiziaria e finalmente per usucapione.

Fra i modi di costituzione del diritto di superficie primeggia il contratto. Nella maggior parte dei casi la concessione ha luogo dietro corresponsione di un canone annuo, ma ciò non è punto necessario, potendosi costituire il diritto di superficie anche mediante contratto di compra e vendita verso il pagamento di una somma fissa, senza obbligo ulteriore del pagamento dell'annua corresponsione.[6] Per la costituzione del diritto reale di superficie basta il semplice contratto, e non occorre punto la quasi tradizione.[7]

---

[1] Egli può disporre anche della sostanza della cosa (senza le limitazioni imposte all' enfiteuta), specialmente quando ha costruito la superficie con materiali propri, o ne ha pagato il prezzo, o la superficie gli venne legata o donata senza alcuna limitazione: (V. WACHTER, *Das Superficiar-oder Platzrecht*, Leipzig. 1868, e la mia recensione nell' *Archivio giuridico*, II, p. 417). Tuttavia può darsi che anche in tali casi gli sieno imposti dei limiti derivanti dalle condizioni particolari e dalle qualità stesse della cosa, come per esempio quando il diritto di superficie è circoscritto al piano di una casa, o ad una cantina; ed altre limitazioni possono altresì derivare dall' atto di costituzione: (vedi *Archivio giuridico* II, p. 418).

[2] Fr. 1 § 6, 7 e 9 de superf. (43, 18); fr. 10 fam. herc. (10, 2); fr. 16 § 2 de pign. act. (13, 7); fr. 13 de pign. (20, 1); fr. 15 qui pot. (20, 4),

[3] Fr. 1, § 3 e 6 de superf. 43, 18 (Vedi più sopra § 87, p. 226).

[4] Fr. 1, pr. § 1 e 2 de superf. 43, 18 comb. con fr. 3. § 7, uti poss. 43, 17.

[5] Fr. 74, de R. V. 6, 1; fr. 15 qui pot. 20, 4; fr. 1. § 6 de sup. 43 18.

[6] Fr. 1, § 1 de superf. 43, 18; fr. 32 de iure dot. 23, 3.

[7] Non osta il fr. 1. § 7. de superf. (43, 18) " *(Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari et donari possit,)* „ dappoichè prescindendo che qui si tratta di tradizione di un

Quanto all' usucapione del diritto di superficie valgono le osservazioni fatte per quello di enfiteusi. [1]

*Estinzione del diritto di superficie.* — Il diritto di superficie si estingue per le cause medesime per le quali si estingue l'enfiteusi, eccetto i casi di privazione a titolo di pena che non sono applicabili al diritto di superficie. Nel caso che l'edifizio rovini per caso fortuito, o venga legalmente distrutto in tutto e in parte dal superficiario, i materiali appartengono ad esso superficiario, in tutti quei casi nei quali non sieno imposti limiti al diritto di disporre della sostanza, e specialmente quando l'edificio è stato fabbricato da lui con materiali propri. [2]

Il diritto di superficie è un' istituzione giuridica analoga all' enfiteusi: ma ne differisce principalmente in ciò, che esso cade non già sul suolo, ma sulla superficie: che non ha, come l'enfiteusi, quale condizione essenziale, il pagamento di un annuo canone; e che non si estingue per tutte le cause che estinguono l'enfiteusi. Esso differisce poi dalle servitù, perchè, mentre queste sono sempre concesse a vantaggio esclusivo di una determinata persona o di un determinato fondo, il diritto di superficie è alienabile per atti tra vivi e trasmissibile in caso di morte, e inoltre conferisce diritti più estesi. [3]

## CAPO V.

### DIRITTO DI PEGNO O D' IPOTECA.

### § 91.

#### Cenni storici sul diritto di pegno.

L' istituto del pegno prima d' arrivare alla forma definitiva, che ci presenta nel diritto giustinianeo, ha subito alcune vicissi-

---

diritto già costituito, è pur sempre vero che quelle parole parlano soltanto della *possibilità* di una tradizione, e non involgono già che dessa sia assolutamente necessaria (Vedi *Archivio giuridico* II, p. 419).

[1] Vedi più sopra § 88 p. 228. Il fr. 26 de usurp. 41, 3 esclude la possibilità dell' usucapione della *proprietà* dell' edificio senza il terreno, sul quale è costruito l' edificio ma non del *diritto di superficie;* ved. fr. 23 de usurp. 41, 3.

[2] C. 2 de R. V. 3, 32; (vedi più sopra pag. 232, nota 1). Rovinando l' edificio, può darsi che, in base all' atto di costituzione di superficie, il superficiario abbia diritto di rifabbricarlo; vedi WACHTER op. cit. II, p. 22.

[3] Vedi *Archivio giuridico*, II, p. 417, e nota 1 *ivi*.

tudini, che è importante di conoscere. Le tre forme diverse, per le quali è passato nei diversi periodi del diritto romano, sono quelle della *fiducia*, del *pignus*, dell' *hypotheca*.

*Fiducia.* — Il mezzo, che apparve in origine più atto ad assicurare una garanzia reale ad un rapporto puramente obbligatorio, fu quello della *mancipatio* o della *in iure cessio* dell' oggetto, che era destinato a prestar quella garanzia, al creditore coll' obbligo pel medesimo della *remancipatio*, quando il debitore adempisse in tempo alla sua obbligazione. Questa convenzione (la quale del resto si usava anche ad altri fini, come per esempio per meglio assicurare un deposito) dicevasi in questo caso *fiducia*, *fiduciam contrahere:* [1] da qui il nome di *fiducia* al contratto e allo stesso oggetto del pegno. [2] Il creditore aveva dunque il diritto di vendere l' oggetto, se non era adempiuta la obbligazione [3] nè aveva alcun valore il patto in contrario « ut fiduciam sibi vendere non liceat. » [4] Il debitore aveva dal suo lato l' *actio fiduciæ* colla quale poteva esigere offrendo il pagamento la remancipazione, finchè la cosa non fosse venduta, e dopo la vendita il soverchio del prezzo, che il creditore ne avesse ritratto. [5] L' *actio fiduciæ*, del resto si estingueva anche prima della vendita nel caso di una *lex commissoria*, quando cioè fosse convenuto che il debitore non soddisfatto dentro un certo tempo ritenesse la cosa mancipata in soddisfazione del suo credito. [6] La *fiducia* dava una forte garanzia al creditore trasferendogli la proprietà quiritaria della cosa destinata a garantire il suo credito, e assicurandolo da qualunque concorso di altri creditori, ma era troppo grave pel debitore, al quale toglieva il godimento della cosa, [7] e che non era abbastanza assicurato coll' *actio fiduciæ* essenzialmente personale contro la possibile

---

[1] Gai. II, 60, III, 201.

[2] Paull. rec. sent. II, 13. Isidor. orig. 25, 23. L' uso di mancipare a questo scopo anche i figli nella potestà del padre (Liv. II, 24) era già cessato al tempo dei Gc. (Paull. recept. sent. V, 1, 1. Const. 1 Cod. de patrib. qui fil. 4, 43, r. cf. nov. 134, c. 7).

[3] Può darsi che egli sia soddisfatto dai frutti tratti dalla cosa data a fiducia. Paull. R. S. II, 23, 2. Const. 1. C. de distr. pign. 8, 28.

[4] Paull. R. S. II, 13, 5, cf. II, 5, 1, fr. 4 de pign. act. 13, 7.

[5] Paull. R. S. II, 13, 1.

[6] Cicer. pro Flacc., 21. Fram. Vat. 9. Questo patto, che era molto in uso, fu abolito da Costantino. Cod. Theod. III, 2. Cod. Iust. VIII, 35. — Sulla *usureceptio fiduciae causa* v. Gai. II, 59, 60 e seg. e più sopra § 66, p. 173.

[7] Si cercava di rimediare a questo inconveniente rilasciando al debitore la cosa mancip ata come *precarium* (Isidor. Orig. V. 25. 17) o in locazione (Gai. II, 60).

alienazione da parte del creditore,[1] e non era finalmente applicabile se non alle cose capaci di esser cedute *in iure* o mancipate.[2]

*Pignus.* — Mentre la *fiducia* dava al creditore un potere giuridico sulla cosa ceduta a garanzia del credito, il *pignus* non gli accordava se non un potere di fatto sulla medesima. Il creditore, al quale si oppignorasse una cosa dal debitore, ne acquistava soltanto il possesso, e questo rapporto sorgeva non già da un atto solenne, come la *mancipatio* e la *in iure cessio*, ma da un semplice contratto *iuris gentium*, che veniva concluso colla consegna della cosa e fondava l'*actio pigneraticia*. Il *pignus* non potè quindi sorgere se non quando si fu svolta la tutela del possesso, sulla quale riposa la garanzia del creditore; e fu probabilmente imitato nei rapporti volontari dei privati dal pegno giudiziale e pretorio.[3]

Il pegno contratto in questa guisa era molto più semplice della *fiducia* quanto al modo ed alla forma della sua costituzione, ma non rimediava agli inconvenienti più sopra accennati, anzi era in alcuni casi assai più imperfetto. E di fatti il creditore era assicurato contro l'alienazione delle cose mobili da parte del debitore, non così contro quella delle immobili, che potevano essere mancipate anche da chi non possedeva: di più la cosa ed il suo uso erano sottratti al debitore.[4] Inoltre quand'anche esistesse una convenzione *de pignore distrahendo* fra creditore e debitore, quegli non trasferiva all'acquirente se non il possesso e la possibilità dell' usucapione, alla qual cosa non fu rimediato se non coll'introduzione della *Publiciana in rem actio*. Finalmente il *pignus*, mentre si estendeva ai peregrini ed ai fondi provinciali, non si applicava se non a cose corporali. Tutti questi inconvenienti furono tolti di mezzo, quando il diritto romano accolse l'istituto straniero della *hypotheca*.[5]

---

[1] Non passava agli eredi del debitore, quando egli non l'avesse incoata in vita (Consult. vet. iurisc. VI). Vero è però che il creditore convenuto, se soccombeva, incorreva nella infamia (Tab. Herac. XIII, Cic. pro Roscio 6, pro Cæc. 2).

[2] Recentemente fu scoperto in Spagna in una tavola di bronzo un *pactum fiduciæ* del 1° secolo d. C. Vedi Hermes. Zeitschrift für. class. Philol. III, B. 2 Heft. (1868); Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX, p. 117; Revue de Legislation ancienne I, p. 74; Giornale di Giurispr. teor. prat. I, p. 68.

[3] Fr. più sotto il § 94, pag. 243.

[4] Anche qui solevasi lasciar la cosa al debitore come *precarium* (cf. fr. 6 § 4 de prec. 43, 26), ma nel caso di una alienazione il creditore non aveva nessun interdetto contro l'acquirente.

[5] Esso appartiene al diritto attico ed i Romani lo trovarono evidentemente in vigore nei paesi greci, cf. Cicer. fam. XIII, 56.

*Hypotheca.* — Essa appartiene ad un periodo più progredito, nel quale si era abbandonato il principio dell' antico diritto che i beni non rispondevano delle obbligazioni della persona, ed era cresciuta l' importanza economica del credito. Essa riposa infatti sul concetto che i beni del debitore potevano essere impiegati a servir di garanzia al creditore mediante una semplice convenzione senza bisogno di passare nel dominio o nel possesso di questo: tantochè i beni stessi rimanevano presso il debitore e potevano oltre a ciò esser mezzo di credito di fronte a più persone. La prima origine di questo rapporto giuridico si trova nella locazione di fondi rustici e nella necessità di offrire una garanzia al locatore per l' adempimento degli obblighi del conduttore senza togliere al medesimo gli *invecta et illata* indispensabili per la coltura.[1] A tale scopo un pretore introdusse un *interdictum adipiscendæ possessionis*, col quale accordò al creditore senza possesso quello stesso diritto che aveva il creditore pignoratizio col possesso e che da lui si disse *interdictum Salvianum.*[2] Ma dappoichè questo interdetto poteva essere intentato soltanto contro l' oppignorante ed i suoi eredi, mai contro il terzo possessore,[3] si dovette andare più avanti ed accordare al locatore una *(utilis) in rem actio*, quasi che gli *invecta et illata* gli fossero stati consegnati *fiducia*, azione che è nota sotto il nome di *Serviana actio.*[4] È impossibile il dire quando il pegno ipotecario fu esteso dalla locazione dei fondi rustici ad ogni altro rapporto obbligatorio: il fatto è che ben presto la Serviana acquistò una importanza generale sotto il nome di *quasi Serviana actio*, *Serviana utilis*, *hypothecaria actio.*[5] Essa si applicava alle cose od ai crediti; nel primo caso era una *vindicatio pignoris*, analoga all' azione di rivendicazione, nel secondo il creditore aveva come *utilis* l' azione personale del suo debitore.

---

[1] La introduzione dell' ipoteca per questo caso deve risalire al sesto secolo, poichè Catone de re rust. 146, 149, la rammenta di già: " Quæ in fundo illata sunt .... pecus et familia quæ illic erit, pignori sunto. "

[2] Gai. IV, 147. " Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quassis pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset " cf. Dig. 43, 33. De salv. interd. Cod. 8, 9 de prec. et salv. interd. (Vedi più sotto § 98).

[3] Const. 1 de prec. 8, 9.

[4] § 7. J. de act. 4, 6, cf. fr. 1, § 1 de salv. inierd. 34, 33.

[5] § 7. J. de act. 4, 6: fr. 13, § 1, ad S. C. Vellei. 16, 1. Const. 1 de prec. 8, 9. È detta anche *pignoraticia (in rem) actio* p. e. nei fr. 3, § 3 ap exhib. 10, 4, fr. 30. § 1 de exc. rei iud. 44, 2. (Vedi più sotto § 98).

Dopo una tale estensione dell' azione Serviana sparirono naturalmente gli antichi istituti della *fiducia* e del *pignus*, e non rimasero se non il *pactum hypothecæ* e il *contractus pignoraticius*, dal quale nasceva pure l' azione reale ipotecaria. [1]

## § 92.

### Nozione e requisiti del diritto di pegno o d' ipoteca.

Dalle nozioni storiche premesse risulta che il diritto di pegno o d' ipoteca, quale ce lo presenta nella sua ultima forma il diritto giustinianeo, è quel diritto reale sulla cosa altrui, per il quale il creditore, alla cui garanzia la medesima fu assegnata, ha la facoltà di prenderne possesso, di venderla, e di soddisfarsi sul prezzo, quando il debitore non adempia alla sua obbligazione. [2]

Il diritto di pegno o d' ipoteca si distingue da tutti gli altri *iura in re aliena* principalmente per la dipendenza, in cui questo diritto si trova da un rapporto obbligatorio, del quale può essere considerato come una accessione.

I requisiti della sua validità sono due, cioè l' esistenza di un creditore, ed una cosa idonea a divenire oggetto di pegno o d' ipoteca.

Quanto all' esistenza di un credito *(obligatio)*, che quell' *ius in re aliena* serve a garantire, è da osservarsi in primo luogo che la obbligazione può essere civile o naturale, presente o futura, pura o condizionale, propria di colui che costituisce il pegno o di

---

[1] § 7. J. de act. 4, 6. (Vedi più sotto § 98).

[2] Se il possesso della cosa pignorata non è necessario, non è neppure incompatibile col diritto di pegno. Che anzi i Romani solevano già designare col nome di *pignus* il pignoramento di una cosa (specialmente mobile) congiunto col possesso della medesima, e col nome di *hypotheca* quello di una cosa, per cui non si ponè in essere la tradizione; § 7. I. de act. IV, 6: " Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypotecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam *pignoris* appellatione eam proprie rem contineri dicimus, *quae simul etiam traditur creditori*, maxime si mobilis sit; at eam, *quae sine traditione nuda conventione tenetur*, proprie *hypothecae* appellatione contineri dicimus. " Cf. fr. 9, § 2 de pign. act. (13, 7), fr. 5, § 1 de pignor (20, 1). Secondo il Cod. civ. il pegno non è possibile se non sopra cose mobili, e richiede necessariamente la consegna della cosa (art. 1878 e 1882); l' ipoteca non si può costituire se non sopra cose immobili e sopra alcuni diritti che come tali vengono considerati (art. 1967). È però da avvertire che anche le cedole nominative del debito pubblico sono suscettive d' ipoteca, sebbene sieno mobili (art. 418 e 1967).

un' altra persona; [1] in secondo luogo che il diritto di pegno o d'ipoteca segue le sorti dell'obbligazione, di fronte alla quale non è che un diritto accessorio. Così anch' esso è soggetto al termine ed alla condizione, se v' è soggetta l'obbligazione, e costituito per un' obbligazione futura non sorge se non col sorgere di questa. [2] Del pari, se il credito aumenta sia per gli interessi, sia per spese necessarie sulla cosa, sia per spese giudiziali, il pegno si estende anche a questo aumento. [3]

## § 93.

### Oggetti del diritto di pegno o d'ipoteca.

Possono costituire oggetto del diritto di pegno o d'ipoteca tutte le cose in commercio, che abbiano un valore venale e sieno alienabili, tanto mobili che immobili, fungibili o infungibili, consumabili o inconsumabili. [4] Un tal diritto però non si limita alle cose singole, può formarne oggetto eziandio una università di cose, e perfino un intiero patrimonio, senza speciale indicazione delle singole cose che lo costituiscono.

Trattandosi di cose singole, cioè individualmente determinate, il diritto di pegno o d'ipoteca si estende eziandio ad ogni loro accessione, come per esempio alle alluvioni ed agli edifizi che

---

[1] Fr. 5 pr. pign. (20, 1): " Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione.... sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in præsenti contractu, sine etiam præcedat; sed et futuræ obligationis nomine dari possunt; sed et non solum solvendæ omnis pecuniæ causa, verum etiam de parte eius, et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali; sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit. "

[2] Vedi la nota precedente in fine e § 99 n. 3.

[3] Quanto agli interessi é particolarmente da osservarsi che le parti possono avere espressamente limitato il pegno al solo capitale od a parte di esso, oppure alle sole usure od a parte delle medesime (fr. 8 pr. e § 5: fr. 11, § 3 de pign. act. XII, 7; fr. 13, § 6 de pign. XX, 1; c. 6 de pign. VIII, 14; fr. 5 § 1 in quib. caus. pign. XX, 2). Se invece il credito subisce una diminuzione, il diritto di pegno o d'ipoteca continua inalterato a garanzia del residuo (c. 6 de distr. pign. VIII, 28; fr. 19 de pign. XX, 1; fr. 85 § 6 de V. O. XLV, 1). Il diritto di pegno o d'ipoteca é oltre a ciò *indivisibile*, continua cioè per ciascuna obbligazione, in cui si sia divisa per successione la obbligazione originaria (fr. 8, § 2 de pign. act. XIII, 7; c. 16 de distr. pign. VIII, 28; Cod. civ. art. 1964).

[4] Fr. 9 § 1 de pign. (20, 1): " Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. "

sorgono sul terreno ipotecato. [1] I frutti della cosa, oltrechè possono essere pignorati singolarmente come cose future, sono implicitamente colpiti dal pignoramento della cosa principale, salvochè, s'intende, non sieno mediante separazione entrati nella proprietà di una persona diversa da quella del pignorante o de' suoi eredi. [2]

Il pignoramento di una università di cose, per esempio di un gregge o di un magazzino, colpisce di regola le singole cose comprese in quell' università, come se fossero state specialmente pignorate, e si estende anche a quelle che in seguito entrano a comporla, salvochè non risulti diversamente dalla natura particolare dell' *universitas* o dall' intenzione delle parti contraenti. [3]

Il pignoramento di tutto il patrimonio si estende non solo ai beni che compongono attualmente il patrimonio del pignorante, ma ancora ai futuri. [4] Il diritto di pegno o d' ipoteca che colpisce le cose componenti il patrimonio non cessa pel solo motivo che quelle cose passano per alienazione in terze mani, dappoichè esso è un diritto reale che seguita la cosa in mano di chiunque. [5] Certe cose però non s' intendono comprese nel pignoramento dell' intiero patrimonio, come p. e. le vesti, gli utensili ed arnesi del mestiere del pignorante, le suppellettili e le masserizie indispensabili alla vita e di un uso quotidiano. [6]

---

[1] Fr. 16 pr.; fr. 29 § 2 e fr. 35 de pign. XX, 1; fr. 18 § 1 e fr. 21 de pign. act. XIII, 7; Cod. civ. art. 1966.

[2] Fr. 1 § 2, fr. 26 § 2, fr, 29 § 1 de pign. XX, 1; c. 4 in quib. caus p. VIII, 5.

[3] Se, per esempio, venne ipotecato un gregge, i nuovi capi comprati per completarlo, o nati dalle femmine che lo compongono, sono compresi nell' ipoteca del gregge: e se alcuni capi del medesimo vengono alienati, passano nel compratore onerati dal vincolo ipotecario (fr. 13 de pign. XX, 1: " *Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur, sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur,* "; cf. fr. 11 § 2 qui pot. XX, 4; fr. 18 § 2 de pign. act. VIII, 7; fr. 32 de pign. XX, 1): le parti però possono stabilire il contrario sia espressamente, sia tacitamente, come per es. nel caso che siasi ipotecato un magazzino di merci aperto, che presuppone necessariamente continue operazioni commerciali di compra e vendita e cambi continui: chi accetta un' ipoteca sopra una *universitas* siffatta, siccome deve sapere che le cose comprese nella medesima sono destinate a continui cambi, si presume che abbia inteso di limitare il suo diritto alle merci che esisteranno nella medesima il giorno in cui passerà all' esecuzione sui beni ipotecati (fr. 34 pr. de pign. XX, 1).

[4] Fr. 15 § 1; fr. 32 e 34 § 2 de pign. XX, 1, e nota seguente. Pel. Cod. civ. patrio l'ipoteca convenzionale non può costituirsi sui beni futuri (art. 1977).

[5] C. 6 § 2, c. 8 § 4 e 5 de sec. nupt. V, 9; c. 1 de conv. fisci deb. X, 2; c. 17 de distr. pign. VIII, 28; fr. 47 pr. de iure fisci 49, 14.

[6] Fr. 6, 7, 8 e 9 pr. de pign. XX, 1; c. 1 quæ res pign. VIII, 17.

Finalmente si considerano come suscettive di pegno o d' ipoteca anche le cose incorporali, cioè i diritti e più particolarmente i crediti, i diritti d' enfiteusi e di superficie, l' esercizio delle servitù di usufrutto e d' abitazione [1] e perfino dello stesso diritto di pegno *(pignus pignori datum).* [2]

## § 94.

### Costituzione di diritto di pegno o d' ipoteca.

Il diritto di pegno o d' ipoteca può costituirsi per atto giuridico, o per disposizione immediata di legge, o per disposizione dell' autorità giuridica.

Atto giuridico. — Si può accordare ad un creditore il diritto di pegno o d' ipoteca per atto d' ultima volontà (così detto pegno testamentario). In tal caso il diritto è acquistato al momento in cui il legato diventa esigibile (*quando dies legati venit*), semprechè s' intende, vi sia a quest' epoca un' obbligazione principale ed una cosa idonea. [3]

Del pari può essere costituito un diritto di pegno o d' ipoteca mediante convenzione, indipendentemente da qualunque solennità, e senza bisogno di tradizione *(pactum hypothecæ).* [4] La tradizione, se ha luogo, non dà al creditore se non una maggiore sicurezza di fatto, trasferendo in lui il possesso della cosa pignorata; ma, in diritto, il creditore pignoratizio, cui è stato trasferito il pos-

---

[1] Le servitù prediali e la personale d' uso non possono essere pignorate neppure nel loro esercizio, essendo anche questo inalienabile. (Vedi più sopra § 80 p. 204, e nota 3 *ivi*, e § 82, p. 213 in fine, e 214 nota 1).

[2] Vedi più sotto § 97.

[3] Fr. 26 pr. de pign. act. 13, 7; c. 1 comm. de legat. 6, 43. Il Cod. civ. patrio non menziona il pegno testamentario, ma non lo esclude (art. 862 e seg.).

[4] Fr. 1 de pign. act. 13, 7; fr. 4 e 44 § 1 de pign. 20, 1. Il consenso può essere dato anche tacitamente (fr. 20 *l. c.*), e può perfezionarsi anche fra assenti (fr. 23 § 1 *l. c.*: " *Pignoris obligatio etiam inter absentes consistit, quoniam absens recte contractu obligatur)* „ Vedi il mio opuscolo. *Il Telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, capo V. Pel nostro Cod. il pegno manuale *(pignus)* è, come in diritto romano, indipendente da qualunque solennità, e non richiede che la consegna della cosa (vedi più sopra § 92, p. 237, nota 2); ma l' ipoteca convenzionale deve costituirsi o per atto pubblico o per scrittura privata (art. 1978).

sesso della cosa, si trova nella medesima condizione che il creditore ipotecario.[1]

Nel resto è un requisito ordinario per la costituzione di un valido diritto di pegno o d'ipoteca che l'oggetto si trovi nel patrimonio *(in bonis)* del pignorante e che questi abbia la facoltà di alienarlo.[2] Quindi di regola solo chi è proprietario di una cosa può validamente pignorarla.[3] Se però il proprietario vi acconsente in modo espresso o tacito, oppure ratifica il pignoramento fatto da altri, esso è valido, come è valido quando il non proprietario ha pignorato una cosa altrui col patto espresso o tacito che ne acquisti la proprietà: in questo caso il diritto di pegno o d'ipoteca prende vita non appena egli venga ad acquistarne la proprietà.[4] Quando poi abbia pignorata la cosa altrui come propria e ne acquisti in seguito la proprietà, il diritto di pegno non viene con questo a sorgere, ma il creditore ha una eccezione contro il debitore ed i suoi successori ed anche un'azione utile nel caso di buona fede.[5] Lo stesso deve dirsi nel caso, in cui il proprietario della cosa oppignorata diviene erede di colui, che la pignorò senza essere proprietario.[6] E finalmente il pegno costituito dal possessore di buona fede produce a favore del creditore un'azione ipotecaria corrispondente alla publiciana che compete al pignorante.[7]

---

[1] Fr. 3 § 1 de pign. (20, 1): " *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.* „ Vedi il testo delle Ist. citato più sopra al § 92, p. 237. (Del contratto di pegno parleremo nel cap. " *Dei contratti reali,* „ al lib. III della presente opera).

[2] Fr. 23 de prob. 22, 3; pr. e § 2 quib. al lic. 4, 8; C. civ. art. 1974.

[3] C. 6 si aliena res. pign. VIII, 16.

[4] Fr. 16 § 7 de pign. 20, 1: " Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, *si debitoris facta fuerit*; „ fr. 1 pr. 1 fr. 15 § 1, eod.; fr. 3 § 1; fr. 7 § 1 qui pot. 20, 4; Cod. civ. art. 1976.

[5] C. 5 si al. res VIII. 16: " Quum res, quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamentur æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiæ detur. „ Fr. 1 pr. de pign. 20, 1: " In speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio datur, sed facilior erit possidenti retentio. „ Cf. fr. 9 § 3 eod. e più sopra pag. 165.

[6] Fr. 22 de pign. 20, 1 (Modestinus): " Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori. „ L'opinione contraria di Paolo (fr. 41 de pign. act. 13, 7) è rigettata dalla maggioranza degli interpreti.

[7] Fr. 18 de pign. 20, 1: " Si ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, sic tuetur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam. „ (Cf. fr. 21, § 1 eod. e fr. 14 qui pot. 20, 4 comb. col. fr. 49 de V. S. 50, 16).

Un diritto di pegno o d'ipoteca si costituisce finalmente per convenzione quando esso si riserva in un atto di traslazione di dominio.[1]

Disposizione della legge. — In certi casi la legge accorda immediatamente al creditore un diritto di pegno o d'ipoteca, senza bisogno che egli ne esiga la costituzione. I Romani dicono allora che il diritto di pegno o d'ipoteca si stabilisce tacitamente (*pignora tacite contracta*), ed i moderni designano questi casi col nome di pegni o ipoteche legali.[2] I pegni legali si distinguono in quelli che hanno per oggetto cose singole e quelli che si costituiscono sull'intiero patrimonio, presente e futuro, del debitore: i primi si chiamano pegni o ipoteche legali speciali, i secondi pegni o ipoteche legali generali.

*Pegno o ipoteca legale speciale.* — I pegni legali costituiti sopra singole cose del debitore sono quelli del locatore di un fondo urbano o di un'area sopra ciò che il conduttore vi ha permanentemente introdotto (*invecta et illata*):[3] del locatore di un fondo rustico sui frutti percetti dal conduttore o dal subconduttore:[4] del somministratore di denaro per la ricostruzione di un edifizio sull'edifizio ricostruito:[5] del pupillo sulla cosa comprata col suo denaro, e non in suo nome:[6] finalmente dei legatarî e fidecommissarî singolari sui beni che la persona onerata ha acquistato dal testatore.[7]

*Pegno o ipoteca legale generale.* — I pegni legali costituiti sopra l'intiero patrimonio competono al fisco per tutti i suoi crediti:[8] ai pupilli, minori e furiosi sui beni dei tutori e curatori:[9] ai figli,

---

[1] Fr. 1, § 4: fr. 2 de reb. eor. 27, 9. Pel Cod. civ. è un'ipoteca legale (a. 1969).

[2] Si chiamano pegni *taciti*, perchè sono indipendenti da una convenzione espressa delle parti e riposano in alcuni casi sopra la volontà presunta delle medesime (fr. 3 e 4 pr.; fr. 6 e 7 pr. in quib. caus. pign. 20, 2; c. 3 e 7. in quib. caus. pignus tacite contrahitur 8, 15); si chiamano pegni o ipoteche *legali*, perchè nascono in virtù di legge col nascere della obbligazione. Anche il nostro Cod. civ. adopera l'espressione di *ipoteca legale* (art. 1969). Vedi circa l'obbligo dell'iscrizione in fine del § a pag. 244.

[3] Fr. 32 de pign. 20, 1; fr. 2, 3, 4, 6 e 7, § 1, in quib. caus. pign. 20, 2. Sono oggetto di questa ipoteca anche le cose del subconduttore (fr. 5 pr. in quib. caus. pign. 20, 2; fr. 11, § 6 de pign. act. 13, 7; Cod. civ. art. 1958, n. 3).

[4] Fr. 24, § 1, loc. 19, 2; fr. 7, pr. in quib. c. p. 20, 2; C. c. art. 1958.

[5] Fr. 1 in quib. caus. pign. 20, 2.

[6] Fr. 7 pr. qui pot. 20, 4; c. 6 de serv. pign. d. 7, 9.

[7] C. 1 ed comm. de leg. 6, 43; Nov. 108, cap. 2.

[8] Fr. 46, § 3 de iures fisci 49, 14. Pel Cod. civ. patrio lo Stato ha l'ipoteca legale sopra i beni dei condannati per la riscossione delle spese di giustizia (art. 1969 n. 5).

[9] C. 20 de adm. tut. 5, 37; c. 7, § 5 e 6 de cura fur. 5, 70; C. art. 1969.

il cui patrimonio sta sotto l'amministrazione del padre, sui suoi beni per sicurezza di ciò ch'essi hanno direttamente acquistato dalla madre o dagli ascendenti materni[1] e inoltre sui beni del genitore binubo per garanzia dei lucri nuziali:[2] alla moglie sui beni del marito per i crediti risultanti dalla dote,[3] dall'amministrazione degli stradotali affidata al marito,[4] dalla *donatio propter nuptias:*[5] al marito sui beni di colui che gli ha promessa una dote:[6] a chi abbia il diritto di ripetere da un coniuge rimasto vedovo un legato lasciatogli sotto condizione di non contrarre seconde nozze, sui beni del medesimo per il caso che egli manchi a quella condizione:[7] alle chiese sui beni dei loro enfiteuti per crediti risultanti da deteriorazioni dei fondi enfiteutici.[8]

Disposizione dell'autorità giudiziaria. — Il giudice può dar vita ad un diritto di pegno o d'ipoteca in più guise, vale a dire nei casi della aggiudicazione, della esecuzione di una sentenza,[9] della immissione nel possesso. Egli può infatti in un giudizio divisorio condannare un condividente ad una prestazione ad un altro, e aggiudicare a questi un diritto di pegno sopra la cosa a quegli assegnata. Quando poi si tratta di eseguire una sentenza, il magistrato prende possesso *ex officio* di singole cose del debitore soccombente per venderle all'asta dopo il termine di due mesi a sodisfacimento dell'attore *(pignus in causa iudicati captum).*[10] Con

---

[1] C. 6, § 2 e 4 de bon quæ lib. 6, 61; c. 8, § 5 de sec. nupt. 5, 9.

[2] C. 6, § 2, c. 8 § 4, de sec. nupt. 5, 9; Nov. 98, c. 1.

[3] C. 30 de iur. dot. 5, 12; c. un. § 1 de rei ux act. 5, 13; C. c. art. 1959. Il pegno legale per garanzia della restituzione della dote spetta anche agli eredi, al padre, agli ascendenti paterni della moglie, ai quali dopo la risoluzione del matrimonio ricade la dote medesima.

[4] C. 11 de pact conv. 5, 14.

[5] C. 13 § 2 qui pot. 8, 18; Nov. 109, cap. 1.

[6] C. un. § 1 de rei ux. act. 5, 13.

[7] Nov. 22, cap. 44.

[8] Nov. 7, cap. 3, § 2.

[9] Pel Cod. civ. l'ipoteca giudiziale deriva sempre da sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, o all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni (art. 1970).

[10] Fr. 15, § 2: fr. 31 de re iud. 42, 1. Sembra che questa misura di esecuzione fosse specialmente introdotta da Antonino Pio: " His qui fatebuntur debere aut ex re indicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sofficere pro facultate cuiusque videbitur: eorum qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi eaque si intra duos menses non solverint, vendantur: si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant. "

questo le cose medesime sono sottratte a qualunque ulteriore disposizione da parte del debitore, ma l' attore non acquista uno speciale diritto alla vendita di esse.[1] Prende vita finalmente un diritto di pegno anche quando il magistrato immette taluno nel possesso di una cosa singola o di un intiero patrimonio *(pignus prætorium)*.[2] Questa immissione però deve aver lo scopo di dar garanzia per la sodisfazione di un diritto, e il possesso essere stato realmente ottenuto dal *missus in possessionem*. Questi è tutelato nel possesso ottenuto[3] e il proprietario non può più disporre della cosa.[4] Il diritto di venderla però non spetta al *missus* se non nel caso di una *missio rei servandæ causa*, contro un debitore già condannato o che deve considerarsi come tale.[5] Nel caso speciale della *missio legatorum servandorum causa*, quando essa è accordata per il ritardo dell' erede a sodisfare il legato, il diritto di pegno dà ai legatarî e fidecommissarî la facoltà di percepire i frutti dell' oggetto del medesimo.[6]

Pel Codice civile italiano, tutte le ipoteche, sieno convenzionali, testamentarie, legali o giudiziali, non hanno effetto, se non sono rese pubbliche; e non possono sussistere che sopra beni specialmente indicati.[7]

---

[1] C. 3 si in causa iud. 8, 23: " Quum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit venumdari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit " (fr. 50, fr. 74 § 1 de evict. 21, 2).

[2] Fr. 26 pr. de pignor. act. 13, 7: " non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, quum testamento quoque pignus constitui posse Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit " (fr. 3, § 1 de reb. eor. 27, 9).

[3] Il diritto antegiustinianeo non dava a colui che fosse leso nel possesso se non una azione personale (fr. 1, pr. fr. 4, pr. § 2, 4 ne vis fiat ei 43, 14; fr. 15, § 36 de damno inf. 39, 2). Giustiniano gli accordò un' *actio in rem* contro qualunque possessore (const. 2 de præt. pign. 8, 22).

[4] C. 3 ut in posses. leg. 6, 54, c. 2 qui pot. 8, 18.

[5] Const. 1 si in causa iud. 8, 23.

[6] Fr. 5, § 16, 21 ut in poss. 36, 4. — Gli altri casi della *missio in possessionem* sono quelli *legatorum servandorum gratia*, quando l' erede rifiuti di prestare la debita cauzione *damni infecti nomine* e *ventris nomine*, (fr. 1 quib. ex causs. 42, 4). — Del resto a questo terzo modo di costituzione di un pegno o ipoteca per disposizione del giudice si dà assai impropriamente questo nome, dacchè esso serve a garantire un diritto ma non comprende tutte le facoltà inerenti al pegno ordinario. Così p. e. si legge nello stesso fr. 5, § 21 ut in poss. cit... sed *pignora* quidem quis et distrahere potest, hic autem *frui tantum* ei constitutio permisit.

[7] Art. 1965. — Siccome presso i Romani mancavano i pubblici uffici ipotecarî, ed erano inoltre ammesse le ipoteche generali, il loro sistema ipotecario riusciva molto difettoso. Il

## § 95.

### Effetti del diritto di pegno o d'ipoteca.

*Diritti conservati dal pignorante.* — Come vedremo più innanzi, il creditore pignoratizio o ipotecario ha un'azione reale; mediante la quale può mettersi nel possesso della cosa pignorata, affine di venderla e di sodisfarsi sul prezzo. Tale vendita trae seco necessariamente la perdita del diritto di proprietà che competeva al pignorante; il quale però lo conserva finchè la vendita non abbia avuto luogo, ed ha per conseguenza il diritto di possedere la cosa pignorata, di usarne e di servirsene. Nel *pignus* propriamente detto però il possesso *ad interdicta* passa, qual necessaria guarentigia, al creditore pignoratizio, restando tuttora al pignorante i vantaggi dell'usucapione.[1] Il pignorante può inoltre gravare la cosa di servitù e di ipoteche, che non rechino pregiudizio ai creditori che hanno diritto di pegno.[2] Egli conserva perfino il diritto di alienare la cosa pignorata,[3] a meno che non si tratti di cose mobili colpite di un pegno speciale, nel quale caso l'alienazione fatta all'insaputa o contro il volere del creditore è considerata come un furto, perchè rende più difficile l'esercizio dell'azione ipotecaria, potendo il creditore ignorare in quali mani i mobili sieno passati.[4] Del resto il pignorante può rinunciare al diritto di alienare la cosa.[5]

Il pignorante accorda talvolta al creditore il diritto di usare o di percepire nel proprio interesse i frutti della cosa pignorata. Siffatta convenzione si chiama *anticresi*, ed è lecita quando non venga adoperata a mascherare un prestito usurario.[6] L'anticresi

---

progresso della legislazione vi ha portato considerevoli miglioramenti. Il Codice nostro, accettando pienamente i principî della pubblicità e della specialità delle ipoteche, ha abolito le ipoteche generali occulte con tutti i loro inconvenienti: questo è uno dei pregi più belli del patrio Codice.

[1] V. più sopra § 51, p. 140 e p. 141 nota 1.

[2] Fr. 40, de pign. act. 13, 7; fr. 7 § 2 de dist. pign. 20, 5.

[3] Appena occorre avvertire che la cosa ipotecata, che sia stata alienata senza il consenso del creditore, passa nel compratore gravata dell'ipoteca (fr. 18, § 2 de pign. act. 13, 7; c. 15 de pign. 8, 14; Cod. civ. art. 1964).

[4] § 14. I. de obl. quæ ex del. 4, 1; fr. 22 pr. de pign. act. 13, 7.

[5] Fr. 7, § 2 de distr. pign. 20, 5.

[6] C. 14 e 17 de usur. 4, 32; fr. 33 de pign. act. 13, 7; fr. 11, § 1 de pign. 20, 1.

si verifica anzi senza bisogno di essere espressamente costituita, quando una cosa fruttifera è data in pegno per sicurezza di un prestito senza interessi. In questo caso il creditore ha il diritto di percepire per proprio conto i frutti in luogo e sino alla concorrenza degli interessi legali del capitale mutuato, salvo di imputare l'eccedenza al capitale o restituirla al pignorante.[1]

Una cosa pignorata continua ad essere a rischio e pericolo del pignorante, nel senso che la perdita della medesima non estingue la sua obbligazione. Vanno però a suo favore tutti gli incrementi del valore della cosa pignorata.[2]

*Diritti del creditore.* — Prescindendo dal caso in cui il pignorante abbia trasferito nel creditore il possesso della cosa, nel qual caso si ha il *pignus* propriamente detto, il creditore ipotecario non ha nè possesso nè detenzione; ma quando il debito, divenuto esigibile, non è stato pagato, egli può procurarsi il possesso mediante l'azione risultante dal suo diritto reale. E, sia che abbia avuto il possesso sin dall'origine, sia che l'abbia ottenuto mediante l'azione ipotecaria, egli non è obbligato a restituire la cosa al pignorante sino a che non venga pienamente soddisfatto dell'intero suo credito. Anzi una disposizione speciale accorda al creditore perfino il diritto di ritenere la cosa anche dopo l'estinzione del debito assicurato dall'ipoteca s'egli è tuttavia creditore d'un'altra somma che non sia stata garantita nel modo medesimo.[3]

Il diritto più importante, che spetta al creditore, è quello di vendere la cosa pignorata e di pagarsi col prezzo ricavato dalla vendita. Codesto diritto di vendere la cosa *(ius distrahendi)* è dell'essenza del pegno e dell'ipoteca, in modo che il creditore non può venirne privato nemmeno da un patto in contrario (*pactum ne pignus distrahatur)*. Effetto d'un simile patto sarebbe soltanto quello di obbligare il creditore a far precedere alla vendita tre intimazioni di pagamento notificate al debitore, mentre nei casi ordinari basta un'intimazione sola.[4] Del pari vietato è il patto, che in difetto di pagamento il creditore possa tenere per sè in luogo del credito la cosa pignorata. Siffatta convenzione, che anticamente era permessa, chiamavasi *lex commissoria,* come quella

---

[1] Fr. 8 in quib. caus. pign. 20, 2; c. 1, 2, 3 e 12 de pign. act. 4, 24.
[2] Fr. 21, § 2 del pign. 20, 1; c. 9 de pign. act. 4, 24.
[3] C. un. etiam ob chirogr. 8, 27; Cod. civ. art. 1888.
[4] Fr. 4 e 5 de pign. act. 13, 7.

che faceva incorrere il pignorante nella decadenza del suo diritto (*commissum*). Essa venne proibita da Costantino, perchè poteva riuscire soverchiamente dannosa al pignorante, quando la cosa pignorata avesse un valore di molto superiore all'ammontare del debito, alla cui sicurezza fu vincolato.[1] È lecito tuttavia pattuire che il creditore possa conservare la cosa imputandone il valore, giusta una stima da farsi all'epoca della scadenza del debito, giacchè in tal caso non si ha che una specie di vendita condizionale.[2]

Perchè il creditore possa passare alla vendita, è necessario che il debito sia scaduto, e che non sia stato pagato.[3] Quanto ai termini ed alle forme da osservarsi per la vendita, è d'uopo attenersi a quanto fu stabilito dalle parti. In mancanza di patto contrario, il creditore ha diritto di vendere egli stesso la cosa senza ottenerne l'autorizzazione dal giudice,[4] però soltanto due anni dopo avere infruttuosamente intimato al debitore di pagare il suo debito, od ottenuto contro di lui una sentenza di condanna.[5] Nella vendita il creditore deve agire in buona fede e non solo nell'interesse proprio ma anche in quello del pignorante, di fronte al quale risponde dei danni cagionatigli per propria colpa.[6] In virtù dello stesso diritto di pegno o d'ipoteca il creditore trasferisce nel compratore la proprietà della cosa vendutagli, che competeva al pignorante,[7] libera da ogni ipoteca, di cui per avventura fosse stata gravata posteriormente a quella in virtù della quale la vendita vien fatta.[8] La vendita della cosa pignorata ha per effetto di estinguere il diritto di pegno o d'ipoteca del creditore e di far perdere la proprietà al pignorante. Il creditore si paga sul prezzo ricavato dalla vendita: se il prezzo non basta per

---

[1] C. 3 de pact. pign. 8, 35; Cod. civ. art. 1884.

[2] Fr. 16 § 9 de pign. 20, 1; c. 13 de pign. 8, 14.

[3] Fr. 4 de distr. pign, 20, 5; fr. 5 § 1 quib. mod. pign. 20, 6.

[4] C. 4 e 9 de distr. pign. 8, 28. Le ipoteche del fisco e il pegno giudiziale devono vendersi al pubblico incanto (c. 16 de resc. vend. 4. 44; c. 2 si in causa iud. 8, 23). Per le nostre leggi la vendita si fa sempre per mezzo della pubblica autorità (Cod. civ. art. 1884, 1894, 2076; Cod. proc. civ. lib. II. tit. 2 e 3). Il creditore pignoratizio però ha diritto di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e sino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti (Cod. civ. art. 1884).

[5] C. 3 § 1 de iur. dom. impetr. 8, 34.

[6] C. 5 e 9 de distr. pign. 8, 28; fr. 13, 14 e 22, § 4 de pign. act. 13, 7.

[7] Se il pignorante non era proprietario della cosa pignorata, il creditore ne trasferisce al compratore il possesso *ad usucapionem*.

[8] C. 1 si ant. cred. 8, 20; c. 6 e 7 de O. et A. 4, 10.

estinguere il debito, il diritto di pegno è nondimeno estinto, e non sopravvive che l'obbligazione personale del debitore.[1] Se poi il prezzo eccede l'ammontare del credito, l'eccedente dev'essere restituito al pignorante, o pagato agli altri creditori ipotecari, secondo il rispettivo grado.[2]

Se il creditore non trova un compratore, egli può, premessa una nuova intimazione al debitore, rivolgersi al principe ed ottenere che gli venga aggiudicata la proprietà della cosa pignorata, dietro stima giudiziale; ma in tal caso il pignorante conserva per due anni la facoltà di riprendere la sua cosa restituendo la stima pagata dal creditore.[3]

## § 96.

### Coesistenza e collisione di più diritti di pegno o d'ipoteca.

Costituendosi più diritti di pegno o d'ipoteca sopra il medesimo oggetto può darsi che questo sia obbligato a più creditori in solido[4] ovvero secondo parti intellettuali, le quali possono essere espressamente determinate come per es. nella metà, nel terzo, ovvero stabilite secondo la quantità dei crediti.[5] Oppure avviene che ciascun diritto di pegno e d'ipoteca sia costituito sopra l'intiero valore dell'oggetto del diritto medesimo. In questo caso, finchè l'ammontare dei crediti assicurati non supera il valore della cosa, non vi è collisione degli interessi dei creditori. La collisione incomincia nella opposta ipotesi, quando cioè la vendita dell'oggetto non giunga a sodisfare tutti i creditori: ed è allora che prende importanza la teoria del grado o della pozziorità dei diversi diritti di pegno o d'ipoteca. Quando non vi siano ragioni onde preferire un credito ad un altro, quello che decide è il possesso *(melior est conditio possidentis)*,[6] ammenochè i creditori

---

[1] Fr. 9 § 1 de distr. pign. 20, 5: c. 3. *h. t.*

[2] Fr. 24 § 2 e fr. 42 de pign. act. 13, 7; fr. 12 § 5 qui pot. 20, 4.

[3] C. 3 de iur. dom. impet. 8, 34.

[4] È necessario però una disposizione espressa delle parti per dar vita ad una obbligazione *solidale* della cosa: nel dubbio è da ammettersi una obbligazione della cosa per parti. Fr. 10 de pign. 20, 1: " Si debitor res suas duobus *simul* pignori obligaverit, ita ut utrique *in solidum* obligatæ essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur. "

[5] Fr. 20 § 1 de pign. act. 13, 7; fr. 10 e 16, § 8 de pign. 20, 1.

[6] Fr. 10 pr. de pign. 20, 1; fr. 14 qui pot. 20, 4.

non abbiano fra loro un rapporto di comunione o un rapporto obbligatorio, per il quale possano esigere la divisione del prezzo della cosa.[1]

Quando invece il grado dei diversi diritti sia diverso, è da ritenersi che il creditore posteriore non possa sodisfarsi sul valore della cosa pignorata se non dopo che sia sodisfatto o tolto di mezzo il creditore anteriore.[2] Se quindi il creditore anteriore fa vendere l' oggetto del pegno, il creditore posteriore non può esigere se non il di più che avanza dopo la sodisfazione del suo credito,[3] e se questi procede alla vendita della cosa pignorata, la vendita è in certo modo inefficace, dacchè il creditore anteriore possa in forza della sua azione reale ripeterla dal compratore.[4] Egli può del resto entrare, quando voglia, nel luogo del creditore anteriore sodisfacendolo del suo credito (*ius offerendi*).[5]

La prelazione dei diritti di pegno o d'ipoteca è determinata dalla priorità del tempo della loro costituzione, dalla pubblicità dell' istrumento, dal privilegio accordato a certe specie di crediti.

*Priorità del tempo.* — La prima e più ordinaria causa di poziorità fra più diritti di pegno o d' ipoteca costituiti sopra un medesimo oggetto è il tempo della loro costituzione: (*prior tempore, potior iure*).[6] È però da osservarsi in particolare a questo proposito, che essi possono prender grado da un tempo, nel quale non sono veramente e propriamente, esercibili. Così deve datarsi dal momento della sua costituzione il diritto di pegno o d' ipoteca soggetta ad un termine o ad una condizione, come pure quello costituito per una obbligazione, alla quale siano apposte le medesime modificazioni.[7] Al contrario un tal diritto costituito a ga-

---

[1] Come se il creditore pignoratizio avesse lasciati più eredi (c. 1 si ex plur. 8, 32).

[2] Fr. 15, § 2 de pign. 20, 1; c. 1 qui pot. 8, 18.

[3] Fr. 12, § 5 qui pot. 20, 5; Const. 8 qui pot. 8, 18: " *Diversis temporibus eadem re duobus iure pignoris obligata, eum qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti iuris est, nec alias secundum distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi superiori creditori debita fuerit soluta quantitas.* " Non per questo il diritto del creditore posteriore è meno perfetto, o, come alcuni vollero, condizionale: solo trova un limite nel diritto poziore del creditore che lo precede.

[4] Fr. 12, § 8 qui pot. 20, 4; fr. 3 quæ res pign. 20, 3; c. 1 de his qui in prior. cred. loc. succ. 8, 19. Vedi più sotto § 97, p. 252, e nota 1 *ivi*.

[5] Const. 4 qui pot. 8, 18; C. c. art. 2008 Il giorno viene considerato nel computo del tempo come un tutto indivisibile (fr. 16, § 8 qui pot. 20, 4; fr. 8 de feriis 2, 12).

[7] Fr. 12 § 2 qui pot. 20, 4; fr. 9 pr. § 1, 2, fr. 11 § 1, e fr. 18 eod.

ranzia di una obbligazione futura non prende grado se non dal momento in cui l'obbligazione prende vita, appunto perchè il diritto di pegno o d'ipoteca suppone sempre l'esistenza di una obbligazione. [1] Anche la non esistenza attuale dell'oggetto del pegno e dell'ipoteca nel patrimonio del pignorante o il difetto di proprietà nel medesimo non impediscono che questi siano datati dal momento della loro costituzione: [2] lo stesso è da ritenersi per l'oppignoramento di cose future [3] ed anche pel caso del così detto pegno generale di un patrimonio che si estende ai futuri acquisti. Questi principî non valgono solo per i pegni o le ipoteche convenzionali, ma anche per quelli costituiti con atto di ultima volontà o per disposizione dell'autorità giudiziaria. Il momento, che determina il grado, è per i primi la morte del testatore, per i secondi o la sentenza di divisione o l'oppignoramento o la vera immissione nel possesso.

Anche i diritti legali di pegno o d'ipoteca cominciano insieme colla causa sulla quale riposano, non già col vero e proprio nascere della obbligazione che sono chiamati a garantire. [4]

*Pubblicità dell' istrumento.* — Una costituzione dell'imperatore Leone dell'anno 469 [5] determinò che quei diritti di pegno o d'ipoteca, di qualunque specie, che fossero costituiti con un istrumento pubblico o un istrumento privato sottoscritto da tre testimoni rispettabili (quasi pubblico), dovessero acquistare una prelazione su quelli che risultassero da un semplice atto privato.

*Privilegi.* — La legge finalmente assicura una prelazione a certe specie di pegni od ipoteche nell'ordine e nel grado seguente: 1° il diritto di pegno o d'ipoteca del fisco per le imposte arretrate; [6] 2° quello della donna maritata per i suoi crediti

---

[1] Fr. 11 pr. qui pot. 20, 4; fr. 4 quæ res pign. 20, 3.

[2] Del resto il diritto di pegno non può concepirsi senza l'oggetto (fr. 11, § 2 qui pot. 20, 4). Vedi più sotto a pag. 258, nota 2.

[3] Fr. 11, § 3 qui pot. 20, 4.

[4] Così p. e. il diritto di pegno sul patrimonio del tutore prende vita col principio della tutela, non col verificarsi di un danno al patrimonio pupillare o col finire della tutela, quando il tutore è tenuto alla restituzione del medesimo. V. anche c. 6 § 4 de bon. quæ lib. 6, 61; c. 6, § 2 de sec. nupt. 5, 9; c. 11 de pac. conv. 5, 14.

[5] C. 11 qui pot. 8, 18: " Sin autem ius pignoris vel hypothecæ ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum, qui instrumentis publice confectis nititur, præponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplias virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. "

[6] C. 1 si propt. publ. pens., 4, 46; Cod. civ. art. 1962.

dotali;[1] 3° quello di colui che ha fatto delle spese per l'acquisto, il mantenimento o la ricostruzione della cosa del debitore;[2] 4° quello del fisco per contratti con privati, sui beni acquistati posteriormente dal debitore.[3]

Tutti questi diritti privilegiati di pegno o d'ipoteca sono dunque per la loro singolare natura preferiti a qualunque altra ipoteca sebbene anteriore di data. Se concorrono più privilegi ipotecarî della medesima classe, il grado si decide secondo la loro priorità di tempo o secondo la pubblicità dell'instrumento:[4] altrimenti concorrono *pro rato*.

È però da osservare che le ipoteche privilegiate non vincono quelle che furono costituite dal proprietario precedente, tranne il caso di colui che ha incontrato delle spese per il mantenimento o la restituzione della cosa pignorata.[5]

---

[1] § 29 de act. 4, 6; c. 12 qui pot. 8, 18. Questo privilegio passa ai discendenti, ma non agli altri, cui viene a competere il credito dotale (c. 12, § 1 qui pot.; nov. 91, c. 1) e non si estende agli aumenti della dote se non ai fondi (nov. 97, c. 2).

[2] Fr. 3 § 1. fr. 5, 6 e 7 pr. qui pot. 20, 4; c. 7 qui pot. 8, 18.

[3] Fr. 28 de iure fisci 49, 14; c. 2 de priv. fisci 7, 73.

[4] La priorità del privilegio indicato sotto il n. 3 si determina dalla parte che ha ciascun creditore alla conservazione attuale della cosa; quindi di regola il credito di chi somministrò da ultimo i denari ha la precedenza sui crediti anteriori. La Nov. 97 c. 4 contempla un altro privilegio, ormai antiquato, cioè quello pel credito di denari prestati per l'acquisto di un ufficio venale *(militia)*.

[5] Anche il Cod. civ. patrio, premesso che i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e che questi vi hanno tutti un eguale diritto quando non vi sieno fra essi cause legittime di prelazione (art. 1949), distingue queste cause in *privilegi* ed *ipoteche* (art. 1950). Il privilegio, a differenza dell'ipoteca, va esente dall'obbligo dell'iscrizione: ciò nonostante esso è preferito a tutti gli altri crediti *anche ipotecari* (art. 1953). E qui si manifesta un'importante differenza fra i privilegi del Cod. civ. e quelli del diritto romano. Per le leggi romane i creditori ipotecarî erano sempre preferiti a quelli che non avevano ipoteca, quantunque fossero privilegiati. Il privilegio o fosse attribuito alla causa del credito, o alla qualità della persona, non produceva, come tale, un *ius in re*. Senza dubbio se in garanzia di un credito privilegiato veniva ipotecata una cosa, si aveva un'ipoteca privilegiata che vinceva quelle non privilegiate; del pari se la legge attribuiva a certi crediti privilegiati una ipoteca tacita o legale, il creditore privilegiato, siccome era anche ipotecario, era preferito agli altri creditori ipotecarî non privilegiati; ma il credito privilegiato, come tale, cioè non assicurato da ipoteca convenzionale o legale, era vinto dal credito ipotecario, tuttochè non privilegiato, e non aveva preferenza che sui crediti semplicemente chirografari. Pel nostro Codice, invece, i crediti privilegiati sono già per sè preferiti a tutti i crediti *anche ipotecarî* (art. 1953). I privilegi possono cadere sugli immobili o sui mobili: i privilegi sui mobili poi possono estendersi a tutti i mobili del debitore (privilegi generali) o soltanto a determinati mobili (privilegi speciali). I privilegi generali sono quattro, e risguardano le spese di giustizia, le spese funebri e quelle di infermità, le somministrazioni di alimenti fatte al debitore ed i salari delle persone di servizio (art. 1956). I privilegi speciali sui mobili, in numero di undici, sono enumerati nell'art. 1958. I privilegi sugli immo-

## § 97.

### Della surroga ipotecaria e del suppegno.

Il creditore, primo nell'ordine delle diverse ipoteche, ha egli solo il diritto di vendere con piena efficacia la cosa, nel senso che la vendita fatta dai creditori posteriori non sarebbe di ostacolo all'esercizio della sua azione ipotecaria. D'altro canto i creditori posteriori non possono opporsi alla vendita che il primo vuol fare, ancorchè abbia luogo in un momento intempestivo, come del pari non possono costringerlo a vendere, per quanto favorevoli sieno le condizioni. Per mettere riparo al danno che poteva ridondarne ai creditori posteriori, si accordò loro la facoltà di farsi surrogare nei diritti del creditore anteriore, offrendogli il pagamento dell'intiero suo credito e degli accessori (*ius offerendi et succedendi*). Siffatto subingresso avviene col pagamento della somma o col deposito di essa presso l'autorità giudiziaria, quando il creditore rifiutasse di accettarla.[1]

La surroga ha luogo ancora nei seguenti casi: 1° Il debitore, che prende a prestito una somma di denaro per pagare un debito ipotecario, può surrogare il nuovo creditore nei diritti dell'antico, senza che questi intervenga all'atto, e senza che gli altri creditori possano opporvisi;[2] 2° Il compratore di una cosa ipotecata, che impiega il prezzo di compra per pagare uno o più creditori, a favore dei quali la cosa è ipotecata, è surrogato nei diritti di coloro ch'egli paga;[3] 3° Il debitore ed il creditore,

---

bili finalmente sono, oltre il credito per le spese del giudizio di spropriazione e di graduazione sugli immobili spropriati, i crediti dello Stato pel tributo fondiario, pei diritti di registro e per ogni altro tributo indiretto sopra gli immobili che ne furono oggetto (articoli 1961-62).

[1] C. 1 qui pot. 8, 18. In diritto romano il diritto di offrire e di farsi surrogare competeva soltanto ai creditori aventi un diritto di pegno od ipoteca, mentre il Cod. civ. accorda la surroga legale anche ai creditori chirografari (art. 1253).

Fr. 3 quæ res pign. 29, 3; fr. 12 § 8 qui pot. 20, 4; c. 1 de his qui in prior, 8, 19; Cod. civ. art. 1252, n. 2.

[3] Siffatto compratore acquista *per finzione di legge* un diritto di pegno, perchè, rigorosamente parlando, un diritto di pegno sulla cosa propria sarebbe impossibile, essendo il diritto di pegno o d'ipoteca un *ius in re aliena*. Lo scopo di tale finzione è di garantirgli

sostituendo al credito ipotecario un credito nuovo, possono stabilire (col consenso del proprietario della cosa ipotecata) che il nuovo credito sia sostituito all' antico sotto tutti i rapporti, e così anche per la priorità del diritto di pegno o d' ipoteca, ma soltanto sino alla concorrenza del debito antico; [1] 4° Il creditore ipotecario, cedendo il suo credito, a titolo oneroso o gratuito, ad una terza persona, può surrogarla anche nella sua ipoteca, [2] e questa cessione colla rispettiva surroga può essere pretesa dal fideiussore e dal legittimo possessore della cosa ipotecata che sodisfino il creditore ipotecario. [3]

Il creditore ipotecario che fu solo in parte soddisfatto, e colui che gli fece il pagamento parziale, concorrono insieme a far valere i loro diritti in proporzione di quanto è ai medesimi dovuto. [4]

Ci resta finalmente a parlar del suppegno (*pignus pignori datum*), che in ultima analisi si riduce ad una cessione del diritto di pegno. Il creditore non può pignorare una cosa, sulla quale egli stesso non ha che un diritto di pegno o d'ipoteca, ma può cedere ad un' altra persona il diritto di esercitare in di lui nome le facoltà inerenti al medesimo. Se questa cessione è fatta allo scopo di assicurare al cessionario il pagamento di un credito, si ha per lo appunto il *pignus pignori datum*. Se, per esempio, io ho un diritto di pegno o d' ipoteca sul fondo di Tizio, e sono alla mia volta debitore di Sempronio, io posso accordare a quest' ultimo un'ipoteca sulla mia ipoteca, il che ha per effetto di privarmi del diritto di vendere il fondo di Tizio, finchè sono debitore di Sempronio. Il diritto di vendere quel fondo compete unicamente a Sempronio, ed egli può farlo valere mediante un' azione ipotecaria utile, sempreche, s'intende, il debito di Tizio sia esigibile. Valendosi il mio creditore (Sempronio) di questo diritto di vendere il fondo di Tizio, egli potrà farsi pagare sul prezzo di vendita

---

il possesso tranquillo della cosa comprata, sia coll' impedire ai creditori posteriori il diritto di venderla nuovamente, sia per procurargli il rimborso della somma pagata, se essi fanno uso dell' *ius offerendi et succedendi* (Fr. 17 qui pot. 20, 4; fr. 3 § 1 de distr. pign. 20, 5; c. 3 de his qui in prior. 8, 19; Cod. civ. art. 1253, n. 2).

[1] Fr. 12 § 5 qui pot. 20, 4. Se il nuovo credito è superiore all' antico, si può costituire per la somma eccedente una nuova ipoteca che prenderà posto dopo tutti gli altri crediti ipotecari già esistenti.

[2] Fr. 6 de her. v. act. vend. 18, 4; Cod. civ. art. 1252, n. 1.

[3] C. 2 de fidej. 8, 41; fr. 19 qui pot. 20, 4; Cod. civ. art. 1253, n. 3.

[4] V. più sopra § 92 p. 238, nota 3, e Cod. civ. art. 1254.

fino a concorrenza di quanto mi è dovuto da Tizio, appunto perchè egli agisce come mio cessionario, e non fa valere che il diritto di pegno che Tizio aveva accordato a me, e che io ho ceduto a lui. [1]

## § 98.

### Azioni risultanti dal diritto di pegno o d'ipoteca.

I rimedi legali, che competono al creditore pignoratizio od ipotecario, sono l'azione ipotecaria, l'interdetto Salviano, e le azioni possessorie.

*Azione ipotecarie.* — Parlando delle vicende storiche del diritto di pegno o d'ipoteca notammo, come in origine questa azione reale fosse introdotta soltanto a favore del locatore di un fondo rustico sugli *invecta et illata* ipotecati in garanzia del fitto, ed in questa sua forma primitiva si chiamasse *actio Serviana;* come poi per analogia fosse accordata, come *actio Serviana utilis* o *quasi Serviana*, ad ogni creditore pignoratizio od ipotecario, [2] ed in questa sua estensione prendesse il nome di *actio hypothecaria.* Essa è chiamata altresì *pignoratitia* (*in rem*) *actio*; nome, che però giova di non adoprare onde non si confonda l'azione reale coll'azione personale, che compete al pignorante (*actio pignoratitia in personam*), della quale parleremo nel contratto di pegno.

Coll'azione ipotecaria il creditore pignoratizio od ipotecario fa valere il suo diritto reale di pegno o d'ipoteca sulla cosa vincolata. Lo scopo diretto di quest'azione è di far riconoscere l'esistenza del diritto medesimo. Quando abbia ottenuto ciò, l'attore consegue implicitamente i mezzi necessarî a farlo valere: i quali mezzi, varî a seconda delle varie circostanze, sono lasciati all'apprezzamento del giudice. L'immissione in possesso è ordinariamente necessaria, affinchè il creditore, che vuole vendere la cosa pignorata, possa farne la consegna al compratore.

L'azione ipotecaria è diretta contro qualunque detentore della cosa pignorata, che può essere lo stesso pignorante od un terzo, e contro chi dolosamente ha cessato di possederla. [3] Tuttavia essa

---

[1] Fr. 13 § 2 de pign. 20, 1; c. 1 e 2 si pign. 8, 24; C. civ. art. 1994.

[2] Vedi più sopra § 91 pag. 236.

[3] Fr. 16 § 3 de pign. 20, I. Se il pignorante non era che un possessore di buona fede, anche l'azione ipotecaria non potrà intentarsi che in quell'estensione, nella quale il pignorante aveva l' *actio publiciana* (fr. 18 de pign. 20, 1).

non può intentarsi efficacemente contro un creditore ipotecario anteriore ed i suoi aventi causa.[1]

Quanto alle prove, che incombono all'attore, egli deve provare in primo luogo che la cosa gli fu debitamente pignorata da chi l'aveva nel suo patrimonio, a garanzia di un debito esistente.[2] Se la domanda dell'attore è fondata, il convenuto, semprechè non abbandoni volontariamente la cosa, o non possa opporre qualche valida eccezione, viene condannato alla restituzione della cosa con tutti gli accessorî, e in difetto di essa al pagamento dei danni. Questi però non possono eccedere l'ammontare del debito, se l'azione è diretta contro lo stesso pignorante; mentre i terzi detentori possono essere condannati anche ad una somma più forte, dappoichè, se il valore della cosa è superiore all'ammontare del debito, il creditore deve restituire il di più al pignorante.[3] Quanto ai frutti, il convenuto non può condannarsi a restituirli se non quando la cosa principale sia insufficiente a soddisfare il creditore, ed anche in questa ipotesi non è obbligato a restituire quelli percepiti prima della contestazione della lite, ammenochè non sieno tuttora esistenti in natura.[4]

Dal suo lato, il convenuto può far valere diverse eccezioni, fra le quali meritano una speciale menzione le seguenti: 1° egli può evitare la condanna soddisfacendo il credito dell'attore, e nel tempo stesso esigere, qualora abbia legalmente ottenuto il possesso della cosa, la cessione dell'azione ipotecaria;[5] 2° può obbligare l'attore ad escutere il debitore principale e il suo fideiussore prima di perseguitare la cosa pignorata;[6] 3° egli può, in caso di coesistenza di un'ipoteca generale e di un'ipoteca speciale, esigere che l'attore escuta prima la cosa colpita da ipoteca speciale;[7] 4° può respingere l'azione ogni qualvolta provi di avere un'ipoteca anteriore a quella dell'attore;[8] 5° può rifiutare la restituzione

---

[1] Fr. 12 pr. e § 7 qui pot. 20, 4. Vedi § 96 pag. 249.

[2] Vedi più sopra § 92, pag. 237, e § 94, pag. 241.

[3] Fr. 16 § 3 de pign. 20, 1. Vedi § 95, p. 248.

[4] Fr. 13 § 5 e fr. 14 pr. de pign. 20, 1.

[5] Fr. 14 pr. e fr. 29 § 2 de pign. 20, 1. Vedi p. 253.

[6] Quest'eccezione, introdotta da Giustiniano colla Nov. 4 c. 2, è detta ordinariamente *exceptio excussionis personalis*, in opposizione alla così detta *exceptio excussionis realis*, di cui nella nota seguente.

[7] C. 2 de pign. 8, 14: *excepio excussionis realis* (Vedi la nota precedente).

[8] Vedi in principio di questa pagina e § 96, p. 249 e § 97, p. 252.

della cosa pignorata finchè non venga rimborsato delle spese necessarie ed utili fatte sulla cosa stessa; [1] 6° può finalmente opporre la prescrizione dell' azione ipotecaria. Questa azione si prescrive, come in genere tutte le azioni, nel termine ordinario dei trent'anni contro i terzi possessori, ma di fronte al pignorante ed ai suoi eredi e di fronte ai creditori posteriori non si prescrive che in quarant' anni. [2]

*Interdetto Salviano.* — Mentre questo interdetto ha storicamente preceduto l' azione Serviana, [3] dopo la introduzione di questa più efficace tutela del diritto di pegno perdè molto del suo valore senza però venirne abrogato. Anch' essso fu in origine limitato al caso della locazione dei fondi rustici: era un *interdictum adipiscendæ possessionis*, mediante il quale il locatore a garanzia del suo credito aveva la facoltà di prender possesso degli *invecta et illata* nel fondo. [4] È da ritenersi che esso si estendesse ben presto agli altri rapporti giuridici diversi dalla locazione. [5] Scopo essenziale dell' interdetto è il possesso della cosa pignorata, ovvero una garanzia di fatto per l' attore: ed inoltre esso non può essere intentato se non contro lo stesso debitore ed i suoi eredi, non contro i terzi possessori. [6] Donde si vede come a fianco dell'azione Serviana un tale interdetto sia rimasto applicabile in pochi casi soltanto e non assicuri una completa garanzia. [7] Ad ottenere que-

---

[1] Fr. 29 § 2 de pign. 20, 1; fr. 44 § 1 de damn. inf. 39, 2.

[2] Fr. 7 pr. § 1 e 2 de præscr. XXX, 7, 39. L' azione personale nascente dal contratto di pegno si estingue invece colla prescrizione trentennale ed estingue nel tempo stesso il credito. (V. più sopra § 45, pag. 131, 132). Ha luogo allora l' anomalia che l' azione ipotecaria sopravvive dieci anni all' obbligazione principale. I Romani dicono che in questo caso " *remanet obligatio naturalis propter pignus* " (fr. 59 pr. ad Sc. Treb. 35, 1), vale a dire a cagione del pegno viene in certo qual modo indotta la necessità di una obbligazione naturale. (Vedi *Irnerio*, IV, p. 290). — D' altro lato l' azione ipotecaria può estinguersi prima della prescrizione dell' azione personale; quando cioè un terzo possessore di buona fede usucapisca la libertà della cosa pignorata. (Vedi § seg. pag. 258, n. 5, note 5 e 6).

[3] Vedi § 91 pag. 236.

[4] Gai. IV, 147, § 3 Inst. de interd. 4, 15. Dig. de Salv. interd. 43, 33. Cod. de prec. et Salv. interd. 8, 9.

[5] Paull. rec. sent. V, 6, 16. Const. 1 de prec. et Salv. int. 8, 9.

[6] Const. 1 de prec. et Salv. int. 8, 9. " Si te non remittente pignus, debitor tuus ea, quæ tibi obnoxia sunt, venumdedit, integrum tibi ius est, ea persequi, *non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit)* sed Serviana actione vel quæ ad exemplum eius instituitur utili adversus emtorem exercenda. "

[7] Forse non era così avanti l' introduzione dell' *actio Serviana*, e sembra che fosse rivolto *utiliter* anche contro i terzi possessori; fr. 1 e 2 de Salv. interd. 43, 33.

sto interdetto basta la prova del fatto dell' oppignoramento, nè è necessaria quella della proprietà del pignorante.[1]

*Azioni possessorie.* — Esse competono al creditore pignoratizio, al quale sia stato consegnato il possesso della cosa pignorata. In questo caso, sebbene mancasse evidentemente al creditore la volontà di ritenere la cosa come propria, gli furono accordati gli interdetti *retinendæ et recuperandæ possessionis*, mentre il proprietario riteneva il possesso *ad usucapionem*. Lo stesso deve dirsi del creditore puramente ipotecario, dopochè egli è giunto al possesso della cosa, sia mediante l' interdetto Salviano, sia mediante l' azione Serviana.

*Altre azioni.* — Al creditore pignoratizio od ipotecario sono inoltre accordate per analogia *(utiliter)* alcune azioni che competono direttamente al proprietario, ed in particolare: la *negatoria* e la *confessoria actio*, l' *actio finium regundorum*, l' *actio legis Aquiliæ* e la *condictio furtiva.*[3]

## § 99.

### Estinzione del credito di pegno o d' ipoteca.

Il diritto di pegno o d' ipoteca ha alcune cause d' estinzione comuni con gli altri diritti reali, ed altre ad esso speciali.

Le prime sono: 1° la renunzia del creditore *(remissio pignoris)*, che può essere manifestata tanto in atti di ultima volontà quanto in atti tra vivi[4] e può essere anche tacita. Una renunzia tacita si può argomentare dalla restituzione della cosa pignorata o dei titoli del pegno[5] dal permesso di alienarla, senza riserva del proprio diritto di pegno,[6] dal permesso di pignorarla ad altri, salvochè non

---

[1] Gai IV, 147, § 4 Inst. cit. fr. 1 e 2 de Salv. int. 43, 33.

[2] Vedi più sopra § 51, p. 140 e 141, nota 1.

[3] Di tutte queste azioni si parla nei §§ 65, 76, 85 e nel lib. 3.

[4] Perchè la rinunzia manifestata con atti tra vivi sia obbligatoria, è necessaria l' accettazione (fr. 9 § 3 de pign. act. 13, 7: fr. 7 § 2 e fr. 8 § 1-5 quib. mod. 20, 6; c. 2 de remiss. pign. 8, 26).

[5] C. 7 de rem. pign. 8, 26; Cod. civ. art. 1280 e 2029.

[6] Fr. 4 § 1; fr, 8 § 6-15 quib. mod. 20, 6. Pel Codice civile non può dirsi che in tesi generale il creditore perda la sua ipoteca, ancorchè non se la riservi espressamente, salvochè non risulti dalle circostanze che il creditore abbia effettivamente rinunciato alla sua ipoteca, come, per esempio, se intervenendo all' atto di vendita avesse acconsentito alla dichiarazione del debitore di vendere il fondo franco e libero da ogni peso ed ipoteca.

si tratti semplicemente di accordare la priorità al nuovo diritto di pegno;[1] 2° la distruzione completa della cosa pignorata;[2] 3° il decorso del termine a cui il diritto fu limitato e il verificarsi della condizione risolutiva che vi fu apposta;[3] 4° la confusione ossia la riunione nella stessa persona delle qualità di proprietario della cosa gravata e di creditore pignoratizio od ipotecario, giacchè solo i beni del debitore o di un terzo possono assicurare il soddisfacimento del credito;[4] 5° la prescrizione. Perchè il diritto di pegno si estingua per prescrizione, non basta il semplice non uso da parte del creditore,[5] nè l'usucapione della proprietà della cosa, ma si richiede la *usucapio libertatis* della medesima. Per compiere quest'usucapione della libertà della cosa soggetta a vincolo ipotecario, si richiede la buona fede di fronte al diritto di pegno o d'ipoteca; si richiede, cioè, che il possessore ignori il vincolo da cui è gravata la cosa.[6] L'usucapione della libertà non può mai correre a favore dello stesso pignorante e dei suoi eredi; ma soltanto a favore dei terzi acquirenti della cosa soggetta a pegno o ipoteca.[7]

I modi di estinzione proprî del diritto di pegno o d'ipoteca sono i seguenti: estinzione della obbligazione, alla garanzia della

---

[1] Fr. 9 § 1 e fr. 12 pr. quib. mod. 20, 6 (V. not. prec.).

[2] Fr. 8, pr. quib. mod. 20, 6; Cod. civ. art. 2029, n. 2. Se la distruzione non è completa il diritto continua sul residuo: così il diritto di pegno o d'ipoteca sulla casa continua sul suolo quand' essa si abbruci (fr. 21 de pign. act. 13, 7; fr. 29 § 2 e fr. 35 de pign. 20, 1). Nel caso di specificazione, il diritto di pegno si estingue sol quando la cosa non possa essere ridotta allo stato primitivo (fr. 18 § 3 de pign. act. 13, 7).

[3] Fr. 6 pr. q. m. 20, 6; Cod. art. 2029, n. 5 e 6 (v. § 92 p. 238).

[4] Fr. 29 de pign. act. 13, 7; fr. 45 de reg. iur. 50, 18; arg. art. 1296 e 1297. Tuttavia esistendo più ipoteche sulla medesima cosa, colui che, avendo acquistata la cosa, fino alla concorrenza del prezzo del suo acquisto paga uno o più creditori, a favore dei quali la cosa è ipotecata, è surrogato nel diritto di quelli ai quali ha pagato (salvo il caso di rinunzia), e sotto questo rapporto può dirsi che si può avere un diritto di pegno anche sulla cosa propria (vedi § 98, p. 256, nota 2; Cod. civ. art. 1253, n. 2).

[5] Il *non usus* estingue l'*azione* ipotecaria (§ 98, p. 256) non il diritto di pegno.

[6] Se io per esempio posseggo in buona fede per dieci anni la casa di Tizio, sulla quale so esistere un'ipoteca a favore di Caio, divento bensì proprietario della casa per usucapione, ma io non usucapisco la libertà, appunto perchè, conoscendo l'esistenza dell'ipoteca, mi mancava il requisito della buona fede; ma se io ignorava l'esistenza di quel vincolo ipotecario, usucapisco la casa libera dall'ipoteca (fr. 5 § 1; fr. 12 de div. temp. præscr. 44, 3; c. 7 e 14 de O. et Act. 4, 10, e nota seg.).

[7] C. 1 e 2 si adv. cred. 7, 36. Pel Cod. civ. (art. 2030) la prescrizione delle ipoteche si compie riguardo ai beni posseduti dal debitore colla prescrizione del credito, e riguardo ai beni posseduti dai terzi si compie anche col decorso di 30 anni.

quale esso è costituito e che di fronte ad esso è la cosa principale,[1] e la vendita della cosa pignorata fatta dal creditore a ciò autorizzato, colla quale il diritto di pegno o d' ipoteca raggiunge il suo scopo.[2]

---

[1] Fr. 43 de sol. 46, 3; fr. 9 § 3; fr. 11 § 1 e 5 de pign. act. 13, 7; fr. 4 qui pot. 20, 4; fr. 4 pr. quib. mod. 20, 6; c. 3 de luit. pign. 8, 31; Cod. civ. art. 2029, n. 1. (Vedi inoltre più sopra § 92, p. 237 e § 98, p. 256 e nota 2 *ivi*). L' adempimento parziale dell' obbligazione non estingue il diritto di pegno (vedi § 92 p. 238, nota 3, in fine).

[2] Colla vendita si estingue per diritto romano non solo il diritto di pegno dell' alienante, ma anche quello di tutti gli altri creditori posteriori (c. 6 qui pot. 8, 18; c. 1 si antiq. cred. 8, 20; c. 6 e 7 de O. et A. 4, 10). Pel Cod. civ. ital. ogni acquirente, che non sia personalmente obbligato a pagare i creditori ipotecarî, ha la facoltà di liberare gli immobili da ogni ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione del suo titolo di acquisto (art. 2040). Le norme da seguirsi dall' acquirente, che voglia procedere al giudizio di purgazione delle ipoteche, sono tracciate negli art. 727 e seguenti del Cod. di proc. civile.

# INDICE

INTRODUZIONE.



## LIBRO PRIMO.

### Teorie Generali.

#### Capo I. — *Dei diritti in generale.*



#### Capo II. — *Dei subbietti dei diritti ossia delle persone.*

Capo III. — *Degli obbietti dei diritti o teorie generali sulle cose.*



Capo IV. — *Acquisto e perdita dei diritti.*



Capo V. — *Esercizio e tutela dei diritti.*



Libro Secondo.

**Diritti Reali.**

### Capo I. — *Del Possesso.*



### Capo II. — *Della Proprietà.*



### Capo III. — *Delle Servitù.*

### Capo IV. — *Enfiteusi e superficie.*



### Capo V. — *Diritto di pegno o d'ipoteca.*



FINE DELLA PARTE PRIMA.

# ISTITUZIONI

DI

# DIRITTO ROMANO

# ISTITUZIONI

DI

# DIRITTO ROMANO

## COMPARATO AL DIRITTO CIVILE PATRIO

dell' Avvocato

COMM. FILIPPO SERAFINI

Professore di Diritto Romano nella R. Università di Pisa
e Direttore dell' *Archivio Giuridico.*

PARTE SECONDA

Seconda Edizione

FIRENZE,
GIUSEPPE PELLAS, EDITORE
1876.

# LIBRO TERZO

# DELLE OBBLIGAZIONI [1]

## PARTE GENERALE

### § 100.

**Nozione oggetto e cause delle obbligazioni.**

*Definizione.* — L'obbligazione è un vincolo giuridico fra due o più persone determinate, in virtù del quale l'una di queste è tenuta verso l'altra ad una data prestazione, cioè a dare, fare o non fare qualche cosa: " *obligationum substantia... in eo consistit... ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel facendum vel præstandum.* " [2]

L'esame di questa definizione farà ancora più chiaro il concetto dell'obbligazione.

---

[1] Per la bibliografia vedi Arndts-Serafini *Trattato delle Pandette* v. II § 201.

[2] Fr. 3 de obl. et act. (45, 7). Cf. pr. Inst. de Obl. (3, 13): " Obligatio est *iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ* rei secundum nostræ civitatis iura. " Si noti che nel linguaggio stesso delle fonti del diritto Romano il vocabolo *obligatio* non è usato sempre rigorosamente nel senso della data definizione: spesso sta a denotare il diritto di colui che può esigere la prestazione, il dovere correspettivo di colui che ad essa è tenuto, il documento che serve a provare l'esistenza dell'obbligazione e perfino la soggezione di una cosa a pegno od ipoteca. Questa inesattezza si ritrova anche nel linguaggio giuridico moderno. — Non sarà superfluo l'avvertire come caratteristico pel concetto volgare del rapporto giuridico obbligatorio, che tanto nella lingua latina quanto nella italiana esso è espresso con parole che denotano un legare, uno stringere, uno sciogliere. Così *obligatio* da *ob-ligare*, *nexum* da *nectere*, *contractus* da *cum-trahere*, *solutio* da *solvere:* ed anche noi parliamo volgarmente di uno *stringere* il contratto, di uno *sciogliersi* dal contratto, di un *tirare* nel determinare le condizioni del contratto.

L'obbligazione è un *vincolo giuridico:* dalla medesima nasce adunque un dovere giuridico, ben distinto e diverso dal dovere puramente morale.

L'obbligazione è un vincolo *fra due o più persone:* essa suppone necessariamente almeno due persone, una che ha diritto alla prestazione (*creditor*) ed una che è tenuta alla medesima (*debitor*).[1]

L'obbligazione è un vincolo giuridico fra due o più persone *determinate:* vale a dire i diritti nascenti dall'obbligazione non si possono far valere che fra le persone obbligate.[2]

L'obbligazione è un vincolo giuridico, in virtù del quale taluno è tenuto ad una *prestazione.* Ciò distingue essenzialmente i diritti di obbligazione dai diritti reali. Questi hanno per oggetto immediato una *cosa corporale*; quelli invece il *fatto* ossia la *prestazione* di una terza persona; i diritti reali consistono in ciò che noi possiamo agire giuridicamente sopra una cosa corporale e disporne in tutto o in parte a seconda dei casi, ma non possono mai consistere in ciò che altri dia o faccia qualche cosa; in quella vece i diritti di obbligazione non stabiliscono nessun rapporto diretto tra noi e la cosa, ma tendono sempre ed esclusivamente a che noi possiamo pretendere dal debitore la prestazione a cui è obbligato.[3]

*Oggetto dell' obbligazione.* — La prestazione, che forma oggetto dell'obbligazione, può consistere nel trasferimento della proprietà, nel trasferimento di un *ius in re aliena*, nel trasferimento del possesso od in qualunque altra manifestazione dell'umana attività od anche nell'astenersi dall'esercizio di questa.[4] I requisiti della

---

[1] Le due parole *creditor* e *debitor*, divenute poi generali, si limitavano da prima ai rapporti nascenti da un mutuo (fr. 5 § 3 de O. et A. 44, 7). Un'espressione più generale era per i Romani *reus*: così *reus stipulandi* (creditore), *reus promittendi* (debitore). Ved. Fest. s. v. *reus*; Cic. de or. 2, 43; fr. 1 de duob. reis 45. 2.

[2] Vedi Parte Prima § 1, a pag. 34-36.

[3] Da questo concetto che l'obbligazione non stabilisce alcun rapporto diretto fra il creditore e la cosa, ma conferisce soltanto il diritto ad una prestazione, risulta che le obbligazioni non possono essere oggetto di possesso o di quasi-possesso.

[4] I Romani solevano designare i diversi oggetti dell'obbligazione colle parole: *dare, facere, præstare.* Intendevano per *dare* l'atto con cui il debitore trasferiva al creditore la proprietà di una cosa od altro diritto reale (fr. 37 de usufr. 7, 1; fr. 19 de serv. præd. rust. 8, 3; fr. 75 § 10 de verb. obl. 45, 1). Per *facere* intendevano qualunque altro fatto utile al creditore, e vi comprendevano anche il *non facere* ossia i fatti negativi (fr. 2 pr. § 5 fr. 5 § 1 e fr. 75 § 7 de verb. ebl. 45, 1). Il *præstare* può essere considerato come superfluo, giacchè è compreso nel vocabolo *facere*, ma i Romani adoperavano il verbo

prestazione sono i seguenti. Essa dev' essere fisicamente e giuridicamente possibile;[1] dev' essere lecita;[2] deve avere un interesse pel creditore;[3] e finalmente non dev' essere rimessa intieramente al puro arbitrio del debitore.[4]

*Cause delle obbligazioni* — Le obbligazioni derivano o da un fatto dell' uomo o da disposizione immediata di legge. Quel fatto poi può essere lecito o illecito. I fatti leciti, dai quali possono nascere obbligazioni, sono i contratti ed i quasi contratti; i fatti illeciti sono i delitti e i quasi-delitti.

Per la somma importanza che hanno i contratti, conviene premettere fin d' ora alcune nozioni generali sui medesimi. Delle altre cause delle obbligazioni parleremo nella parte speciale.

## CAPO I.

### DEI CONTRATTI IN GENERALE.

### § 101.

#### Concetto del contratto.

*Definizione.* — Contratto in senso lato è una concorde manifestazione di volontà di due o più persone allo scopo di costituire modificare o sciogliere un rapporto giuridico. In questo senso il

---

*præstare* specialmente per indicare quelle obbligazioni, le quali, non avendo una particolare *intentio iuris civilis*, si facevano valere con azioni concepite in fatto (Vedi Parte Prima § 37 a pag. 114, e Gai. IV, 2. 5. 33. Cf. fr. 13 § 6 de act. emt. 19. 1; fr. 37 pr. de ap. lib. 38, 1). Il Cod. civ. patrio, distinguendo fra obbligazioni di dare e obbligazioni di fare, dichiara all' art. 1219 che le prime includono l' obbligo di consegnare la cosa e di conservarla fino alla consegna.

[1] Fr. 185 de R. d (50. 17): " Impossibilium nulla obligatio est. „ Cf. fr. 31 *ivi*. — Se però l' impossibilità non fosse assoluta (obiettiva), ma derivasse unicamente da motivi personali del debitore, essa non escluderebbe l' esistenza dell' obbligazione.

[2] Fr. 26 de verb. obl. 45, 1; Cod. civ. art. 1122.

[3] Fr. 97 § 1 de verb. obl. (45, 1); fr. 8 § 6 mand. (17, 1). Non è però necessario che l' interesse sia pecuniario (fr. 54 pr. mand. 17, 1; fr. 6 e 7 de serv. export. 18, 7).

[4] La prestazione può essere però validamente rimessa al *giusto* criterio del debitore (*arbitrium boni viri*), perchè l' *arbitrium boni viri* non è un arbitrio assoluto (Vedi più sotto § 204, p. 10).

concetto di contratto coincide con quello di atto giuridico bilaterale.[1] Qui non parleremo che dei contratti obbligatorî, cioè di quelli destinati a creare un' obbligazione. In questo significato più ristretto, è contratto la concorde manifestazione della volontà di due o più persone, in forza della quale l' una promette una prestazione e l' altra accetta la promessa. Di regola la promessa precede l' accettazione, ma può accadere anche il contrario, come può altresì accadere che la medesima dichiarazione sia ad un tempo dichiarazione di voler essere debitore e creditore: ciò avviene per lo appunto nei contratti bilaterali.[2]

*Pollicitazione.*[3] — Una semplice promessa non accettata (*pollicitatio*) non obbliga chi l' ha fatta; ma questa regola soffre in diritto romano due eccezioni. In primo luogo è obbligatoria la promessa fatta ad una *respublica* per un motivo sufficiente, come p. e. in ricompensa di un onore accordato o da accordarsi al promittente, dove, fallito il motivo, la promessa non è più obbligatoria, se pure non abbia già avuto un principio di esecuzione;[4] in secondo luogo è obbligatoria la pollicitazione fatta ad uno scopo religioso o di pietà (*votum*).[5]

*Requisiti del contratto.* — I requisiti necessarî alla validità dei contratti sono la capacità dei contraenti, il consenso, l'oggetto e la causa.

In generale valgono anche pei contratti le regole poste per gli atti giuridici bilaterali, alle quali rimandiamo,[6] dovendoci limitare qui all' esposizione di quelle che sono proprie dei contratti.

---

[1] V. Parte Prima § 24, p. 85 e specialmente § 25, p. 91.

[2] Vedi più sotto § 106 p. 14.

[3] Fr. 1-6 de pollic. (50, 12). Se il promittente cade in povertà, può liberarsi dall' obbligo di compiere l' opera incominciata, cedendo una quinta parte del suo patrimonio (fr. 9 *ivi*). Anche gli eredi del promittente sono tenuti soltanto nel caso che la promessa avesse una *iusta causa pollicitationis*, ammenochè l' opera promessa non fosse stata incominciata vivo il testatore, nel qual caso devono compierla: anch' essi però non sono tenuti al di là della quinta parte del patrimonio ereditato, e, trattandosi di discendenti, della decima parte (fr. 9, 11 e 14 *ivi*).

[4] A. Leoni nell' *Archivio Giuridico* vol. XV. p. 574-578,

[5] Della *dotis dictio*, che alcuni mettono fra le *pollicitationes*, parleremo nel libro IV. — L' incanto e la promessa con pubblici avvisi non sono semplici pollicitazioni, ma sono proposte fatte a persone indeterminate le quali, accettando la proposta conforme all' avviso, rendono perfetto il contratto, semprechè, s' intende, il pubblico avviso sia fatto con serietà. L' offerta fatta ai pubblici incanti costituisce un contratto sotto la condizione sospensiva che non si presenti un' offerta maggiore.

[6] Ved. sopratutto i §§ 24, 27 e 28; dove esponemmo la teoria della violenza, dell' errore, del dolo, delle condizioni, del termine e del modo.

## § 102.

### Capacità dei contraenti.

In generale, qualunque persona è capace di conchiudere un contratto; si eccettuano per altro quelli che giuridicamente non hanno volontà, come le persone giuridiche, gli infanti, i mentecatti ed i furiosi meno che nei lucidi intervalli. [1] Queste persone, siccome non possono consentire, sono assolutamente incapaci di conchiudere contratti. [2] Vi hanno poi persone, le quali, senz'essere assolutamente incapaci di contrattare, hanno però una capacità limitata: tali i pupilli, i minori, le donne ed i prodighi.

I pupilli non possono, senza l'interposizione dell'autorità tutoria, fare convenzioni che importino alienazione od obbligazione; nondimeno da simili convenzioni può nascere in certi casi una obbligazione naturale. [3]

I minori non possono, senza consenso del loro curatore, conchiudere contratti che importino alienazione, [4] ma possono assumere qualunque altra obbligazione: [5] essi hanno però il beneficio della restituzione in intiero. [6]

Gli interdetti (prodighi) sono pareggiati agli impuberi: per conseguenza tutti i contratti da essi conchiusi senza il consenso del loro curatore, quando ne derivi diminuzione al loro patrimonio, sono nulli. [7]

Le donne non possono fare mallevaria pei debiti dei loro mariti, e possono, in certi casi, liberarsi anche da quelle in favore di altre persone. [8]

---

[1] Ai furiosi sono paragonati coloro che per malattia, grave accesso di collera o piena ubbriachezza sono momentaneamente privi dell'uso della ragione (fr. 17 qui test. 28 1 e fr. 48 de reg. iur. 50, 17 comb. col. fr. 3 de div. 24, 2).

[2] Vedi Parte prima §§ 9, 11, 24 e 29.

[3] Vedi più sotto § 111 pag. 25, nota 9.

[4] Const. 3 de in integ. rest. 2, 22.

[5] Fr. 101 de verb. obl. (45, 1): " Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. "

[6] Vedi. § 9 p. 62-63, e specialmente § 46 p. 133.

[7] Un contratto di questo genere non vincola il prodigo nemmeno *naturalmente* (fr. 6 de V. O. 45, 1): " Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari; et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. "

[8] Vedi più sotto § 143-144.

Secondo il Codice civile sono incapaci di contrattare ne' casi espressi dalla legge: i minori, gli interdetti, gli inabilitati, le donne maritate;[1] ma la persona capace di obbligarsi non può opporre l'incapacità del minore, dell'interdetto, dell'inabilitato o della donna maritata con cui essa ha contrattato.[2]

## § 103.

### Del consenso.

Il contratto è la concorde manifestazione della volontà di due o più persone, una delle quali promette una prestazione e l'altra accetta questa promessa. Una tale concordia nella manifestazione di volontà si dice appunto consenso delle parti. Di qui viene che una promessa non accettata, una semplice proposta, non costituisce contratto, e che il proponente, salvo l'obbligo eventuale di risarcire il danno recato all'altra parte, può rivocarla fino a che non sia stata accettata. Ma perchè esista accettazione, non è necessario che il proponente abbia notizia della dichiarazione di accettazione.[3]

---

[1] Art. 1106. L'incapacità dei minori emancipati, degli inabilitati e delle donne maritate non è così assoluta come quella dei minori non emancipati o degli interdetti, dappoichè la legge autorizza i minori emancipati e gli inabilitati a fare da sè soli tutti gli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione (art. 317 e 339); la donna maritata poi è senza l'autorizzazione del marito incapace soltanto di donare e di alienare beni immobili, di sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, di cedere o riscuotere capitali, di costituirsi sicurtà e di transigere e stare in giudizio relativamente a tali atti (articolo 134). Nel Cod. civ. sono accennate in vari luoghi altre incapacità che non dipendono dallo stato generale della persona, ma da altre cause p. e. l'incapacità del tutore o del protutore di comperare beni del minore e di accettare la cessione di una ragione o di un credito verso il medesimo (art. 300); quella dei genitori di comperare i beni dei figli soggetti alla loro podestà; dei procuratori relativamente ai beni che sono incaricati di vendere; degli amministratori relativamente ai beni dei comuni o degli istituti pubblici affidati alla loro cura; quella dei giudici, procuratori o patrocinatori e notai di essere cessionari delle liti, ragioni ed azioni litigiose di competenza dell'autorità giudiziaria di cui fanno parte, o nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni (art. 1457-8) ec. ec.

[2] Art. 1107.

[3] Se io p. e. scrivo a Tizio; " *vi offro 1000 lire di rendita italiana al 60 0/0.* „ e Tizio risponde tosto che accetta la fattagli proposta, io sono vincolato fino dal momento dell'accettazione, e da questo momento in poi non posso più revocare la mia proposta, sebbene l'accettazione non sia peranco giunta a mia notizia. Si intende da sè che l'accettazione deve essere stata fatta in tempo e giungere al proponente, poichè se l'accettazione

Perchè l'accettazione della proposta renda perfetto il contratto è necessario che sia pura e semplice, dappoichè un'accettazione fatta sotto condizione o a termine si risolve in una nuova proposta, e non è una vera accettazione. [1] Anche l'accettazione tardiva è del tutto inefficace; e non solo non costituisce contratto, ma non dà nemmeno diritto a risarcimento dei danni. [2] Nel resto l'accettazione, come in generale la manifestazione di volontà, può essere fatta espressamente o tacitamente, a voce od in iscritto, dal contraente in persona, o col mezzo d'altri, come ad esempio per mezzo di un messo o di un ufficio telegrafico.

Perchè esista consenso è poi naturalmente necessario che le manifestazioni delle due volontà siano in perfetta armonia; dappoichè se l'accettante, credendo erroneamente che il promittente abbia manifestato una volontà diversa da quella che ha di fatto, rivolge la su dichiarazione ad un oggetto del tutto diverso da quello realmente contenuto nella promessa, il consenso non è che apparente, ma in realtà avvi dissenso. Se questo dissenso si è manifestato sopra un punto essenziale, non si forma contratto alcuno [3] Ma se la differenza in un punto essenziale fra la *dichiarazione* della

---

è avvenuta dopo il termine utile, o non arriva nemmeno al proponente, non si è formato contratto: ma quando l'accettazione giunge in tempo alla sua destinazione, il contratto s'intende conchiuso fin dal momento in cui l'accettante si è spropriato della lettera di accettazione, e non solo al momento in cui il proponente n'ebbe notizia. — Alcuni autori insegnano che il proponente sia sempre in facoltà di revocare la proposta, finchè non ebbe notizia dell'accettazione; e che morendo una delle parti già seguita l'accettazione, ma prima che questa sia venuta a notizia del proponente, non si formi contratto. Vegg. intorno alle varie opinioni il mio opuscolo *Il Telegrafo in relazione alla giurisprudenza* (capo V) e l'interessante memoria di Pigozzi nel vol VI dell'Archivio giuridico (pag. 3 e seg.). Si consulti anche la Dissert. I dei miei *Scritti Germanici di diritto civile comune* (Giurista VI, p. 49, 73 e 133) e la memoria di Pescatore nell'Archivio giuridico vol XII, 4'2. Vedi anche Supino Arch. giur. XIII, 540.

[1] Fr. 1, § 3 de verb. obl. 45, 1. Delle condizioni del termine si è già trattato nei §§ 27 e 28 (pag. 92-98).

[2] V. *Scritti Germanici* e *Telegrafo* 1. c.

[3] A questo riguardo si applicano le regole esposte nel § 24, e specialmente a pag. 88 e 89. — Se oggetto del contratto è una quantità, il consenso esiste riguardo alla quantità minore indicata dalle parti (fr. 1, § 4 de verb. obl. 45, 1: " *si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas non esse contractam obligationem, nisi in decem constat. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta; licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse.* „ (Cf. § 24, nota 3 a pag. 89). Se poi in tali casi il consenso relativamente alla quantità minore sia sufficiente alla validità di *tutto* il negozio, è un'altra questione. (V. fr. 52, loc. 19, 2).

volontà e la volontà *effettiva* impedisce la perfezione del contratto, ciononondimeno chi fu causa dell' errore è tenuto a risarcire il danno che l' altra parte ha risentito per avere legittimamente calcolato sull' esistenza del contratto. [1]

## § 104.

### Dell' oggetto del contratto.

La prestazione, che forma oggetto del contratto, deve avere in generale le qualità che già enumerammo per l' oggetto delle obbligazioni in genere (§ 100): dev' essere cioè fisicamente e giuridicamente possibile; dev'essere lecita; deve avere pel creditore un qualche interesse che meriti la protezione della legge e finalmente non dev'essere intieramente rimessa all' arbitrio del debitore. Esaminiamo partitamente questi requisiti.

*Prestazione possibile.* — Se taluno si obbligasse ad un fatto assolutamente impossibile, come p. e. a far qualche cosa che soverchi le forze dell'uomo o a non fare qualche cosa a cui l' uomo non può sottrarsi, o a dare una cosa che non esiste in natura, o che è sottratta al commercio, il contratto sarebbe nullo. [2] In questo caso di impossibilità assoluta (impossibilità obbiettiva) il promittente non solo non è tenuto all' adempimento della prestazione, ch' è impossibile, ma nemmeno all' equivalente in danaro. [3] Però se l' accettante, non conoscendo nè avendo l' obbligo di conoscere l' impossibilità, risentì un danno per avere calcolato sull'esistenza del contratto, il promittente è tenuto a risarcir-

---

[1] A questo luogo appartiene la questione circa la responsabilità di colui che manifesta la sua volontà per telegrafo o per mezzo di un messo. Se per isvista di un impiegato telegrafico o per sbadataggine del messo viene riferita inesattamente la mia volontà, e l'altra parte, fidando nell'esistenza di un contratto che realmente non si è conchiuso, ha subito un danno, io sono tenuto a risarcirglielo (Ved. il mio scritto *sul risarcimento del danno nei contratti nulli e imperfetti*, nel vol. VIII del Giurista di Napoli).

[2] Fr. 1, § 9 de O. et A. (44, 7),; § 1. I, de inut. stip. (3, 19): " At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hyppocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio. „ (Cf. § 2 ivi, e fr. 34, 35, pr., 83 § 5 e 103 de V. O. (45, 1) e gli art. 1116 e 1461 del Cod. civ.),

[3] Ció vale perfino nel caso che quegli il quale promise un fatto impossibile conoscesse quest'impossibilità (fr. 57 § 1 de contr. emt, 18, 1). V. nota seguente.

glielo.[1] Che se l'impossibilità è soltanto relativa alla persona del promittente (impossibilità subiettiva), il contratto vale, e quindi il debitore è obbligato a prestare al creditore l'equivalente in danaro[2] perfino nel caso ch'egli non conoscesse l'impossibilità della prestazione ch'ebbe a promettere.[3]

*Prestazione lecita.* — I contratti illeciti sono nulli. Ad essi appartengono in primo luogo quelli che per motivi d'ordine pubblico sono proibiti dalla legge,[4] e in secondo luogo quelli che sono contrari ai buoni costumi.[5] Tale è il contratto che ha per iscopo di eccitare ad atti immorali o proibiti, o di impedire ciò che è comandato dalla legge.[6] Un contratto può essere illecito anche per turpitudine nei motivi, come quando taluno si fa promettere una ricompensa per astenersi da un delitto,[7] o per fare il suo dovere.[8]

---

[1] Fr. 62, § 1 de contr. emt. (18, 1); " Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur. „ Fr. 8 de her. vend. (18, 4): " . . . si nulla est. (hereditas), de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor, a venditore consequatur. „ Fr. 9 *ivi*: " et si quid emtoris interest. „ Cf. fr. 8, § 1 de relig. (11, 7) e § 5 I. de emt. (3, 23). — L'azione in questi casi non è diretta ad ottenere ciò che si avrebbe, se il contratto fosse valido (poichè questa sarebbe in realtà un'azione per l'adempimento del contratto, la quale non può esperirsi appunto perchè il contratto è nullo), ma essa tende ad ottenere quello che si avrebbe avuto se non si fosse calcolato sull'esistenza del contratto; p. e. il compratore ha tralasciato di provvedersi in altri luoghi degli oggetti che gli occorrevano.

[2] Fr. 137, § 5 de V. O. (45, 1) : *Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, quum alii possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.* „ Esempi di impossibilità relativa sarebbero la promessa di dare una cosa che non è nella proprietà del debitore (fr. 34, 137 § 4 *ivi* fr 28 de contr. emt. 18, 1) o della quale egli non ha il commercio (fr. 49, § 3 de legatis II, fr. 40 de legatis I).

[3] Se io prometto una cosa altrui, credendola mia, sono tenuto a tutti i danni (fr. 60 de evict. 21, 2: const. 17 de fide instr. 4, 21).

[4] Per esempio i giuochi d'azzardo.

[5] Fr. 26, de V. O. (45, 1) " Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti „ Const. 4 de inut. stip. 8, 39: " . . cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint. „ (Cf. gli articoli 1119 e 1122 del Codice civile).

[6] Fr. 27 pr. fr. 35, § 1 e fr. 123 de V. O. (45, 1); fr. 6, § 3, fr. 22, § 6 mand. (17, 1); fr. 8 de cond. ob. turp. caus. (12, 5).

[7] Fr. 7, § 3 de pact (2, 14): " Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio et hac conventione. „ Cf. fr. 1 e 2 de cond. ob. turp. caus. (12, 5).

[8] Fr. 2 § 1 e fr. 9 de conde ob turp. caus. 12, 5). Per la turpitudine è nullo anche il contratto intorno all'eredità di persona vivente (fr. 2 § 2 de vulg. subst. 28, 6): " . . . improbum esse Julianum existimat, eum, qui sollicitus est de vivi hereditate. „ V c 30 de pact (2, 3) e l'art. 1118 C. c.

*Interesse plausibile.* — Perchè il contratto sia valido non è necessario che rechi un vantaggio pecuniario;[1] però se l'interesse che ha il creditore all'adempimento della prestazione non merita una tutela giuridica, il contratto è nullo.[2]

Lo stesso avviene, quando la prestazione promessa sia talmente indeterminata, che rimanga in arbitrio del promittente il sottrarsi ad ogni obbligazione. Così, per esempio, sarebbe nullo il contratto pel quale Tizio promettesse a Caio di dare o fare *qualche cosa*, senza indicare altro;[3] ma se dalle circostanze risultasse ciò che le parti ebbero in mira, o se la legge porgesse un sussidio per stabilirlo, il contratto sarebbe valido.[4]

## § 105.

### Della causa dei contratti.

*Sistema romano dei contratti.* — I Romani muovevano dal concetto che, tranne in alcuni casi speciali, il semplice consenso delle parti (*pactum*, *conventio*) non fosse sufficiente a costituire una obbligazione pienamente e civilmente efficace. Essi ritenevano necessario che al consenso si aggiungesse sia una forma speciale, sia una speciale prestazione, sia infine uno speciale riconoscimento del diritto o civile o onorario. Questi diversi requisiti erano compresi sotto il nome generico di *causa*, *causa civilium obligationum*, *causa civilis.*[5]

Una forma speciale della obbligazione si ha (prescindendo dall'antichissima forma del *nexum*) nel contratto verbale *(verborum*

---

[1] Anche il semplice diletto e le affezioni possono bastare. Così p. e. posso farmi promettere dal mio vicino che in certe ore del giorno non mi disturbi col suono o col canto.

[2] Spetterà al prudente arbitrio del giudice il decidere se vi abbia un interesse plausibile, o si tratti di un mero capriccio (Vedi la nota precedente e § 100. nota 3, p. 3 e l'art. 36 Cod. proc. civ.).

[3] Fr. 94, 95 e 115 pr. de V. O. fr. 35 § 1 de contr. emt.

[4] Così p. e. se il padre promette una dote, senza indicarne l'ammontare, la promessa è valida, perchè s'intende che abbia costituito quella dote che la legge gl'impone di dare, cioè una dote congrua. Così pure se taluno promettesse di dare tanto, quanto ebbe a pagare un altro; o se la determinazione della quantità e qualità delle cose, che formano oggetto del contratto, fosse rimessa all'arbitrio di una terza persona, od anche al giusto criterio del debitore, il contratto sarebbe valido (Const. 3 de dot. prom. V. 11; fr. 69 § 4 de iure dot. 23, 3 Cf. art. 1117 e 1454 Cod. civ.).

[5] Fr. 7 § 4 de pact (2, 14) Sed quum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitu obligationem. *Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* „ Cf. fr. 15 de præscr. verb. 19, 5.

*obligatio* nella *stipulatio*, che risulta di solenne domanda e di solenne risposta, per cui l'uno promette e l'altro accetta la promessa.[1] Quella forma si ha pure nel contratto letterale (*literarum obligatio*), dove la riduzione in iscritto dell'oggetto del contratto non è già diretta ad offrire una prova della perfezione di esso, ma è la sola base giuridica dell'obbligazione indipendentemente dal consenso delle parti.

Era riconosciuta poi come causa civile una speciale prestazione in tutti quei casi nei quali taluno riceveva da un altro in proprietà o in semplice possesso una o più cose obbligandosi alla restituzione delle medesime o della medesima quantità. In questi casi i Romani riconoscevano la causa civile del rapporto obbligatorio non già nella semplice convenzione, ma nella consegna della cosa (*re contrahitur obligatio*). Ciò avveniva in quattro specie di contratti, *nel mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*, i quali per questo appunto furon detti dai moderni contratti reali. Il concetto però, sul quale riposava questa categoria speciale di contratti, si estese dalla giurisprudenza romana ad altri contratti, i quali avevano con essi una evidente affinità ed abbisognavano di una tutela giuridica. Quando, per esempio, taluno si obbligava di trasferire la proprietà di una cosa in cambio di un'altra o di fare qualche cosa a condizione di una prestazione qualunque dall'altra parte, era evidente la necessità di tutelare con un'azione il diritto di quella parte, che dal canto suo aveva già eseguito la prestazione pattuita, ad esigere l'adempimento dall'altra. Ora i giureconsulti ammisero che in quella prestazione, come nella consegna della cosa nei contratti reali, si contenesse una causa civile di obbligazione, e dietro la loro interpretazione i pretori accordarono nell'editto un'azione *in factum* o *præscriptis verbis*.[2]

---

[1] Una *verborum obligatio* si aveva pure nell'antica *dotis dictio* (V. § 174) e nella promessa giurata che il liberto faceva al patrono di certe opere: Epit. Gai. II. 9; III, 4.

[2] Fr. 2 de praescr. verb. 19, 5: " Quum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est. „ Cf. c. 6 de trans. 2, 4. In generale, la *demonstratio*, che è la prima parte della formola, designa col suo nome giuridico il fatto che serve di base all'azione, per esempio: *quid Aulus Agerius vendidit, deposuit* etc. (Gai. IV, 40. Vedi Parte Prima § 36, p. 113). Ma questo sistema non è applicabile a que' contratti che non hanno un nome giuridico, nei quali per conseguenza si descrive, ossia si fa conoscere la prestazione mediante cui si sono formati e la prestazione che viene domandata da chi per parte sua ha già eseguito il contratto. Di qui il nome di *actio praescriptis verbis*, chiamata anche *actio in factum*, perchè la demonstratio è concepita *in factum*.

Questi contratti erano di per sè suscettibili della più grande varietà e non ebbero quindi nomi speciali, ma vennero classificati dai giureconsulti in modo generale secondo l'oggetto della prestazione, secondochè questa consisteva in un reciproco dare o in un reciproco fare, o in un dare da una parte ed un fare dall'altra. [1] I moderni li chiamano contratti innominati.

In alcuni altri casi finalmente la causa civile consisteva nel riconoscimento che il diritto o civile od onorario accordava alla semplice convenzione delle parti, al semplice consenso (*consensu fiunt obligationes*). Questo riconoscimento avvenne fino dai più antichi tempi per quattro contratti importantissimi nel commercio ordinario, per la *emtio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas*, il *mandatum*. Si ritenne per essi che la sola concorde volontà delle parti bastava a far sorgere il vincolo obbligatorio; d'onde una quarta categoria, quella dei contratti consensuali. [2]

Tutte le altre convenzioni non comprese in queste categorie si dicevano *nuda pacta*, e si riputavano non producenti un'obbligazione civile, ma solo una naturale. Però anche ad alcuni di questi patti si accordarono presto effetti civili senza comprenderli nella categoria dei contratti consensuali, e perciò son detti dai moderni patti vestiti. Tali furono, oltre i patti aggiunti ai contratti di buona fede che si facevano valere colla stessa azione contrattuale, perchè *contractui inesse videntur* (*pacta adiecta*), *il constitutum*, il *receptum nautarum cauponum et stabulariorum* ed altri riconosciuti dal diritto pretorio *(pacta prætoria)*, le convenzioni sugli interessi, le convenzioni dotali, il contratto di donazione ed altri riconosciuti da fonti del diritto che avessero forza di legge, come interpretazione giuridica e costituzioni di principi *(pacta legitima)*.

Per tal modo il sistema romano dei contratti può ridursi alla seguente tabella:

---

[1] Fr. 5 pr. de praescr. verb. 19, 5: " Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi; convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres, et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi tenearis, quaesitum est. In hac quæstione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. *Aut enim do tibi, ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias;* in quibus quæritur, quæ obligatio nascatur. " Cf. fr. 7 § 1, 2, 4, de pactis 2, 14.

[2] Gai. III, 135-137: " Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. — Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturæ nulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse . . . . "

1.° *Contractus:*

*a*) Contratti verbali;

*b*) Contratti letterali;

*c*) Contratti reali (*mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus*);

*d*) Contratti consensuali (*emtio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*);

*e*) Contratti innominati (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*).

2.° *Pacta:*

*a*) Patti nudi;

*b*) Patti vestiti (*pacta adiecta*, *pacta prætoria*, *pacta legitima*).

*Sistema moderno dei contratti.* — Questo sistema romano dei contratti, che già aveva subite rilevanti modificazioni sotto gli imperatori cristiani fino a Giustiniano, non fu accolto dopo il rinnovamento del diritto romano nella moderna Europa. La eccezione dei contratti consensuali e dei patti vestiti divenne la regola, nè si fece più alcuna distinzione fra *contractus* e *pacta*, ma si ammise il principio che il semplice consenso senza bisogno di forma fosse una sufficiente causa civile per ogni specie di contratti. E questo principio è passato in massima anche nelle moderne legislazioni. [1]

## § 106.

### Distinzioni dei contratti.

Le più importanti distinzioni dei contratti, oltre quella indicata nel paragrafo precedente, sono quelle di contratti bilaterali e unilaterali, onerosi e gratuiti, principali ed accessori, solenni e non solenni.

---

[1] Nelle moderne legislazioni però si richiede che l'obbligazione, perchè produca effetti giuridici, sia fondata sopra una causa e che questa sia lecita (Cod. civ. art. 1119). La causa si presume, ma se colui che assunse l'obbligazione riesce a provare che questa è senza causa, o è fondata sopra una causa falsa od illecita, l'obbligazione non ha alcun effetto (Cod. civ. art. 1119-1122). — Talvolta il Cod. civ. patrio richiede, oltre il consenso, una forma specifica, p. es. l'atto autentico, o la scrittura privata, sotto pena di nullità (V. più sotto, nota 4, pag. 15).

*Contratti bilaterali.* — Il contratto è bilaterale, quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri. Così, per esempio, il contratto di compra e vendita, di locazione e conduzione, di società ecc.[1] Nei contratti bilaterali ognuno dei contraenti è creditore e debitore ad un tempo; nella compra e vendita p. e. il venditore è debitore della merce e creditore del prezzo, ed il compratore è debitore del prezzo e creditore della merce. Ora come dai contratti bilaterali nascono sempre obbligazioni reciproche, così ne derivano sempre due azioni. Il compratore p. e. ha l'*actio emti* per chiedere la consegna della merce, e il venditore ha l'*actio venditi* per ottenere il prezzo. Amendue queste azioni sono *directæ*, perchè amendue nascono direttamente e necessariamente dal contratto stesso.

*Contratti unilaterali.* — I contratti unilaterali sono quelli, pei quali una persona si obbliga verso un'altra, senza che questa assuma alcuna obbligazione. In questi contratti l'uno dei contraenti è esclusivamente creditore e l'altro è esclusivamente debitore. Per conseguenza una sola è l'azione che risulta direttamente dai medesimi, cioè l'azione del creditore contro il debitore. Così p. e. il contratto di mutuo non dà luogo che ad una sola azione, la *condictio mutui*, colla quale il creditore può chiedere al suo debitore la restituzione della somma o quantità mutuata.

Nei contratti unilaterali però accade talvolta che il debitore nell'eseguire la sua obbligazione soffra delle perdite accidentali o faccia delle spese di cui il creditore per giustizia debba indennizzarlo: la legge accorda allora al debitore un'azione per costringere il creditore a prestargli quell'indennità. Cotale azione per altro ha occasione da fatti estrinseci al contratto, nasce eventualmente, ed è quindi affatto distinta da quella che dal contratto risulta direttamente e necessariamente; di guisa che mentre quest'ultima è un'*actio directa*, quella invece ha nome di *actio contraria*. Il depositario p. e. pel solo fatto dell'avere ricevuto il deposito è necessariamente obbligato a restituirlo; e il deponente ha contro di lui l'*actio depositi directa*, appunto perchè è concessa quale conseguenza diretta e necessaria del contratto di deposito. In quella vece, se il depositario ha fatto delle spese necessarie per la conservazione della cosa depositata, perchè ne possa ottenere il rimborso, la legge gli accorda

[1] Fr. 19 de V. S. (50, 16); art. 1099 Cod. civ.

un' azione chiamata anch' essa *actio depositi*, come occasionata dal deposito; ma perchè non deriva direttamente e necessariamente dal contratto, sì eventualmente in occasione del deposito, chiamasi *actio depositi contraria* in contrapposto alla *directa* che spetta al solo deponente. La possibilità di queste azioni contrarie si riscontra nella maggior parte dei contratti che hanno per iscopo immediato di imporre degli obblighi ad una soltanto delle parti, come per esempio nel deposito, nel comodato, nel mandato. [1]

*Contratti onerosi e gratuiti.* — È a titolo oneroso quel contratto nel quale ciascuno dei contraenti intende mediante equivalente procurarsi un vantaggio, come p. e. la compra e vendita, la locazione e conduzione, la società, la permuta; a titolo gratuito quello in cui uno dei contraenti intende procurare all' altro un vantaggio senza correspettivo, come p. e. il contratto di donazione, il comodato, il mandato. [2]

*Contratti principali ed accessorî.* — Diconsi contratti principali quelli che possono stare da sè, come la vendita, la locazione, la permuta; sono invece accessorî quelli che dipendono da altri contratti, come la fidejussione, il contratto di pegno, il patto d' ipoteca ed altri simili.

*Contratti solenni e non solenni.* — Nel diritto romano dicevansi solenni o formali quei contratti, nei quali la forma costituiva la causa dell' obbligazione. [3] Contratti solenni in questo senso, dalla cambiale infuori, non esistono più nel diritto moderno. Il Codice civile patrio però ammette i contratti solenni d'un' altra specie; e sono quelli dove non basta il consenso delle parti, ma si richiede una forma specifica di quel consenso, cioè l' atto pubblico o la scrittura privata, non già per la prova, ma per la costituzione di un contratto valido. [4]

[1] Alcuni scrittori danno a questi contratti unilaterali, dai quali nascono un' azione *diretta* ed una *contraria*, il nome di contratti sinallagmatici *imperfetti* o *ineguali*. Quello che importa non dimenticare si è che l' eventualità dell' *actio contraria* non toglie loro il carattere di contratti unilaterali.

[2] Alcuni dei contratti onerosi diconsi aleatori o di sorte, perchè il vantaggio per ambedue i contraenti o per uno di essi dipende da un avvenimento incerto (articoli 1101-1102 Cod. civ.).

[3] Vedi il § 105, pag. 10 e 11.

[4] Art. 1056, 1382, 1978. Quando manca la solennità prescritta, non viene ammessa nessuna prova dell' esistenza di siffatto contratto. Trattandosi invece di contratto non solenne, può ottenersene l' esecuzione presso il giudice, purchè l' avversario lo riconosca, anche indipendentemente dal contratto scritto; e se l'avversario lo nega, è permesso deferirgli il giuramento decisorio, e, secondo le circostanze, è ammissibile anche la prova testimoniale (Cod. civ., art. 1341 e 1364).

## § 107.

### Degli effetti dei contratti.

L'effetto dei contratti è che il promittente deve adempiere ciò che ha promesso. Se amendue le parti si sono obbligate a qualche prestazione, come avviene per lo appunto nei contratti bilaterali, ciascuna ha l'azione verso l'altra fin dal momento in cui il contratto è legalmente formato; ma siccome sarebbe contrario all'equità di condannare una parte all'esecuzione della sua promessa, mentre l'altro contraente non ha peranco eseguito la sua, così la legge accorda una *exceptio doli*, colla quale si può respingere l'azione di chi esige la prestazione dall'avversario senza avere adempito la propria.

Il vincolo obbligatorio creato di comune accordo dalla volontà delle due parti non può essere risolto per la volontà isolata di una di esse, nemmeno nel caso che l'altra mancasse all'esecuzione della promessa. [2] Nei contratti innominati però, la parte che ha eseguito la prestazione può prevalersi di quella inesecuzione per chiedere la restituzione di ciò che ha dato. [3]

I contratti legalmente formati obbligano coloro che li hanno fatti ed i loro eredi, [4] ma di regola non pregiudicano nè giovano

---

[1] In via eccezionale la legge ha stabilito che il locatore debba adempiere pel primo la sua obbligazione, purchè le parti non abbiano disposto diversamente (fr. 24, § 2 locati 19, 2).

[2] Const. 8 de contr. emt. (8, 38) e 5 de O. et A. (7, 10).

[3] Fr. 5, § 1 de praescr. verb. 19, 5. — Il Cod. civ. ha esteso questo principio a tutti i contratti bilaterali colla seguente disposizione (art. 1165): " La condizione risolutiva è " sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso che una delle parti non soddisfaccia " alla sua obbligazione. In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte, verso " cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o di costringere l'altra all'adempimento " del contratto, quando sia possibile, o di domandare lo scioglimento, *oltre* il risarci- " mento dei danni in ambedue i casi. " — Per le leggi romane non si ha diritto al risarcimento dei danni. Inoltre se una terza persona ha acquistato diritti sulla cosa, questi non possono per diritto romano venire pregiudicati dalla *condictio causa data causa non secuta:* in quella vece per le combinate disposizioni degli articoli 1158, 1165 e 1170 del Cod. civ. il contratto resta sciolto, come se non si fosse mai conchiuso, e quindi cessano i diritti che i terzi avessero acquistato sulla cosa.

[4] Const. 4 ut. act. et ab. her. 4, 11; art. 1123 e 1127 Cod. civ. — In certi casi però la natura stessa dell'obbligazione si oppone a che essa passi agli eredi, come nel mandato e nella società.

ai terzi. [1] Ora si domanda se per contrattare sia sempre necessario agire in proprio nome, o se si possa contrattare anche per mezzo di un rappresentante.

Si è già avvertito altrove [2] che il contraente può manifestare egli stesso la sua volontà, o può manifestarla col mezzo di altre persone che gli servono di strumento: ma qui non si tratta già di vedere se una persona possa servire di mezzo alla comunicazione della volontà, ma si vuol sapere se taluno possa manifestando la volontà sua propria farla considerare come volontà di colui, in nome del quale la emette.

Stando rigorosamente ai principî dell'antico diritto romano il rappresentante non poteva contrattare direttamente in nome del mandante, ma solo in nome proprio, di guisa che i diritti e le obbligazioni nascenti dal contratto colpivano *direttamente* il rappresentante, salvo poi ad esso il diritto di agire contro il mandante, e salvo ancora a quest'ultimo di agire verso il proprio rappresentante, o di chiedere la cessione delle azioni risultanti dal contratto.

In seguito si ammise che coloro, i quali avessero contrattato con un mandatario, potessero agire *utiliter* contro il mandante; e viceversa che il mandante potesse agire egli pure come se l'azione gli fosse stata ceduta. Codesto principio del diritto romano che dai contratti conchiusi da un rappresentante non nascessero che azioni *utili* in favore e contro il mandante subì delle modificazioni, [3] e nel diritto odierno vale la regola generale che il rappresentante può contrattare direttamente in nome del suo rappresentato, che acquista per tal modo diritti ed obbligazioni dal contratto, quasi lo avesse conchiuso in persona [4]

In istretta relazione colla conclusione dei contratti per mezzo di rappresentanti stanno le seguenti due questioni:

1.° se si possa stipulare validamente a favore di un terzo;
2.° se si possa validamente promettere il fatto di un terzo.

---

[1] V. oltre il tit. 60 del lib. VII e la c. 3 del tit. 2 lib. IV del Cod. Giust. il fr. 73, § 4 de R. I. 50, 17 e l'art. 1130 Cod. civ.

[2] V. § 103, pag. 7.

[3] Fr. 9, § 8 de R. C. (12, 1); fr. 35, § 2 de don. (39, 5); fr. 126, § 2 de V. O. (45, 2); c. 2 per quas pers. (IV, 27).

[4] C. 68 in VI de R. I. (5, 12): " Potest. quis per alium, quod potest facere per se ipsum. „ Cap. 72 *ivi*: " Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum. „ S'intende da sè che il rappresentante per obbligare il suo mandante deve agire direttamente in nome di lui ed entro i limiti del mandato ricevuto. Vedi anche gli articoli 1128 e 1752 del Cod. civ.

*Prima questione.* — La prima questione è se da una convenzione che taluno fa in proprio nome a vantaggio di un terzo nascano diritti per lo stipulante o pel terzo a vantaggio del quale fu stipulato. Per esempio: Tizio si fa promettere da Caio che questi costruirà una casa a Sempronio. In primo luogo si domanda se Tizio abbia azione contro Caio per chiedere l'adempimento della promessa; ed in secondo luogo, se da quel contratto nasca un'azione per Sempronio.

È regola generale che chi non ha interesse non può agire. Per conseguenza, se taluno ha stipulato a vantaggio di un terzo, bisogna vedere se egli abbia interesse, o no, a chiedere l'adempimento della promessa. Se egli non ha interesse alcuno, la stipulazione è nulla; [1] ma s'egli ha un interesse proprio a che il contratto venga eseguito, la stipulazione vale ed egli ha l'azione per chiederne l'adempimento. [2]

Resta ora a vedere se dall'anzidetta stipulazione nasca azione pel terzo a vantaggio del quale fu stipulato. Il terzo non acquista azione che nei seguenti casi eccezionali:

---

[1] § 19 Inst. de inut. stip. (3, 20): " Alteri stipulari nemo potest: inventae sunt enim eiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi aquirat, quod sua interest.; ceterum, si alii detur., nihil interest stipulatoris. " Cf. fr. 38, § 17 de V. O. 45, 1 e Cod. civ. art. 1128: " Nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per se medesimo. "

[2] § 20 I. de inut. stip. 3, 20: " *Sed et si quis stipuletur alii, cum eius interesset, placuit stipulationem valere.* " (Ved. anche il capov. dell'art. 1128 Cod. civ.). — Suppongasi p. es. che io sia obbligato verso Sempronio a ricostruirgli in un dato tempo la sua casa, che minaccia di ruinare. Io faccio un contratto con Caio perchè ricostruisca egli stesso nel detto termine la casa di Sempronio. Si reputa che io abbia stipulato piuttosto per me che per Sempronio, e il contratto è valido, appunto perchè ho un interesse personale che si faccia nel predetto termine quella ricostruzione, essendo in difetto di ciò obbligato ai danni. — Il cit. § 20 delle istituzioni ci fornisce i seguenti esempî: Un pupillo ha più tutori; l'uno di questi tutori, dopo avere assunto l'amministrazione della tutela, cede l'amministrazione ad altro dei contutori, stipulando con lui *rem pupilli salvam fore*. Il tutore che cedette l'amministrazione non cessa di essere responsabile; egli ha dunque interesse a che la tutela sia bene amministrata, e quindi la stipulazione è valida. — Un mandatario è incaricato dell'amministrazione dei miei affari, al cui buon andamento si richiede che il mio procuratore non manchi di danaro. In tal caso io posso stipulare validamente con un terzo che egli fornirà danari a quel mio procuratore. — Io ho un creditore, il quale, se non è puntualmente pagato, potrà prevalersi di una clausola penale, e vendere gli oggetti che gli diedi in pegno. Anche in questo caso posso validamente stipulare che un terzo darà al mio creditore il danaro di cui gli sono debitore. — Il § 19, l. c., ci insegna che chi stipula a vantaggio di un terzo può evitare la prova di avere un interesse all'esecuzione dell'obbligazione, aggiungendo alla stipulazione una clausola penale; per esempio: io mi faccio promettere da Caio di costruire una casa a Sempronio, ed in mancanza di pagarmi 1000 lire. Così anche pel Cod. civ. art. 1128.

1° quando taluno dona una cosa coll'incarico di restituirne parte ad un terzo, o di dargliene qualche altra o di restituirgli tutta la cosa dopo averne goduto per qualche tempo; [1]

2° quando l' ascendente che costituisce una dote alla figlia ne stipula la restituzione a questa o ai discendenti di lei; [2]

3° quando si consegna una cosa in deposito o a titolo di comodato coll'incarico di restituirla ad un terzo; [3]

4° quando si consegna ad alcuno una cosa coll'incarico di portarla ad un terzo; [4]

5° quando si stipula in favore dei propri eredi o di alcuno di essi; [5]

6° quando il rappresentante di una persona giuridica od un tutore stipulano in favore della persona rappresentata; [6]

7° finalmente quando il creditore pignoratizio nel vendere la cosa pignorata riserva al pignorante il diritto di ricupera; [7]

Accanto a queste eccezioni va ricordato il principio romano che il podestatario acquista direttamente i crediti risultanti dalle stipulazioni degli schiavi e delle persone soggette alla di lui podestà. [8]

*Seconda questione.* — Se taluno promette il fatto di un terzo, con ciò non obbliga il terzo, egli però obbliga se stesso, ogniqualvolta abbia guarentito l'esecuzione della promessa per parte del terzo, od abbia promesso di far sì che il terzo la eseguisca.

## § 108.

### Dei modi di garantire l'esecuzione dei contratti.

Molti sono i modi coi quali il creditore può assicurarsi l'adempimento del contratto, come p. e. il pegno e l'ipoteca, [9] la fide-

---

[1] C. 3 de don. s. m. 8, 55; art. 1128 C. c. Tale stipulazione è in realtà una seconda donazione, e per essere irrevocabile dev' essere accettata dal terzo, a cui vantaggio è stata fatta (Cod. civ. art. 1128).

[2] Fr. 45 sol. matr. (24, 3); c. 7 de pact. (5, 14).

[3] Const. 8 ad exhib. 3, 42.

[4] Fr. 6, § 2 de neg. gest. 3, 5.

[5] Cósi ha stabilito Giustiniano (Cod. IV, 11), mentre nel diritto anteriore era bensì lecito stipulare per sè ed eredi, ma non pei soli eredi (Gai. III, 1, 100, 117 e 158).

[6] Fr. 5, § 9 de pec. constit. 13, 5.

[7] Fr. 7, § 1 de distr. pign. 20, 5.

[8] Gli schiavi e le persone soggette all' altrui podestà sono strumenti del loro podestatario: *filii vox tamquam tua intelligitur* (§ 4, I. 3, 20).

[9] V. Parte Prima § 92.

jussione, [1] il costituto di debito, [2] il giuramento promissorio, la caparra e la pena convenzionale. Qui ci limiteremo a questi tre ultimi modi soltanto.

*Del giuramento promissorio.* — Chi corrobora una propria obbligazione con un giuramento promissorio non si vincola giuridicamente più di quanto lo fosse senza di esso, ed in ispecie un negozio nullo non acquista validità dal giuramento. [3] Nondimeno in diritto romano s'hanno eccezioni a questa regola. La promessa giurata del liberto di prestare opere al patrono diventa efficace appunto in forza del giuramento; [4] chi rompe una transazione giurata incorre nella infamia; [5] finalmente per un rescritto di Alessandro Severo è negata la restituzione in intiero al minore che vi abbia rinunciato con giuramento. [6]

*Della caparra.* — La caparra consiste in quella somma di danaro od altro oggetto qualunque che uno dei contraenti dà all' altro come segno della perfezione del contratto e per meglio assicurarne l'adempimento. [7] Se il contratto viene eseguito, la caparra dev'essere restituita o imputata nel pagamento: lo stesso quando il contratto viene risolto per comune accordo delle parti, [8] purchè queste non abbiano convenuto diversamente. Qualora sia stato pattuito il diritto di ritirarsi pel caso d'inadempimento del contratto, colui che recede può trattenere la caparra ricevuta. [9]

---

[1] V. più sotto § 143.

[2] V. più sotto § 144.

[3] Fr. 7, § 16 de pact. 2, 14; c. 5 § 1 de leg. 1, 14; nov. 51 e 88.

[4] Fr. 7 de op. lib. 38, 1; fr. 40 de lib. causa 40, 12.

[5] Const. 41 de transact. 2, 28.

[6] Const. 1 si adv. vend. 2, 28. Questo rescritto però fu diversamente interpretato dai glossatori. Bulgaro lo volle riferito unicamente ai contratti validi per sè medesimi e questa interpretazione è certo più consentanea allo spirito del diritto romano; Martino invece lo interpretò più largamente e lo volle applicato p. e. al caso della alienazione di un fondo fatta dal minore senza decreto dell' autorità. Federigo I, accettando l' opinione di Martino, sancì con una sua legge che il giuramento di un minore di non impugnare una convenzione dovesse venir osservato sempre impreteribilmente (Auth. *Sacramenta puberum* ad const. 1 si adv. pub. 2, 28), e anche il gius canonico ispirò le sue disposizioni agli stessi principî (Cap. 2 de pact. in VI (1, 18); c. 28 X de iurei. (2, 24); c. 2 de iurei. in VI (2, 11). Cf. VANGEROW *Pand.* § 170).

[7] Fr. 3 pr. de contr. emt. (18, 1); pr. Inst. III, 23.

[8] Fr. 11, § 6 de act. emt. (19, 1); fr. 8 de lege comm. (18, 3),

[9] Fr. 6 pr. e fr. 8 de lege comm. (18, 3) comb. colla c. 2 de pact. int. emt. (4, 54). Da non confondersi con questo caso è quello in cui le parti conchiudono un contratto sotto riserva di liberamente recedere dal medesimo verso la perdita di ciò che fu dato; quest' è la così detta pena di recesso od arra penitenziale.

La caparra può darsi eventualmente anche in vista di un contratto da conchiudersi ed in tal caso quella delle parti, che rifiuta la conclusione del contratto, perde la caparra data, o deve restituire il doppio di quanto ha ricevuto. [1]

*Della clausola penale.* — La clausola penale è una convenzione colla quale il debitore promette una prestazione al creditore, pel caso che non eseguisca la sua obbligazione.

Se la penale si riferisce alla promessa di un'ommissione, è dovuta tostochè il promittente fa quanto aveva promesso di non fare. [2] Se invece fu promesso un fatto, la penale colpisce *non appena* il promittente ha lasciato passare il termine, senza eseguire la sua promessa; [3] se non fu stabilito alcun termine, decide l'intenzione delle parti. [4] In dubbio la penale si ha per incorsa quando il debitore non eseguisca tosto quello che ha promesso di fare. [5]

## CAPO II.

### DELLE ALTRE FONTI DI OBBLIGAZIONE IN GENERALE

Come fu già osservato, le obbligazioni, oltrechè da contratti possono derivare anche da quasi-contratti, da delitti, da quasi-delitti e da disposizione immediata di legge. Riservandoci di esaminare queste fonti secondarie di obbligazione nella parte speciale, ci limiteremo qui ad alcune osservazioni generali.

### § 109.

#### Dei quasi-contratti.

I contratti, dei quali abbiamo parlato nel capo precedente, sono atti giuridici bilaterali. Ora vi sono dei fatti leciti, i quali sebbene unilaterali, hanno molta analogia coi contratti, e danno

---

[1] C. 17 de fid. instr. 4, 21; § 1 Inst. de emt. 3, 23. — Pel Cod. civ. (art. 1217) la caparra si considera come cautela per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della convenzione. La parte che non è in colpa, se non preferisce di ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta o domandare il doppio di quello che ha dato.

[2] Fr. 122, § 6 de V. O. (45, 1).

[3] Fr. 23 de O. et A. (44, 7); c. 12 de contr. emt. (8, 38).

[4] Fr. 21, § 12 de rec. (4, 8). V. Windscheid, *Pand.* § 285.

[5] Fr. 115, § 2 de V. O. (45, 1).

luogo ad obbligazioni ed azioni affatto somiglianti a quelle che risultano da contratti. Fatti leciti di tal natura e di tale efficacia diconsi quasi-contratti. Così p. e. il tutore, quantunque non abbia alcun contratto di mandato col suo pupillo, pure è tenuto ad amministrare i beni pupillari, come se lo avesse conchiuso. Così l'erede è tenuto a pagare i legati, come si fosse obbligato contrattualmente col testatore. Lo stesso dicasi di colui che, senza alcun incarico, assume volontariamente la gestione degli affari altrui; imperciocchè in essa è paragonato ad un mandatario. Nelle obbligazioni quasi-contrattuali il vincolo giuridico nasce da un fatto, che avrebbe dovuto essere causa di obbligazione, se nelle circostanze in cui è avvenuto fosse stato possibile il consenso espresso delle parti, e non fosse stato impedito o dall'assenza o dalla mancanza di intelletto, o da errore. Nelle fonti è detto che in questi casi l'obbligazione nasce *ex re*, *utilitatis æquitatis causa*: ed in vero l'obbligazione nasce dal fatto, e non dal consenso ma da tal fatto che, volendo rispettati i principî della giustizia e dall'equità, sia giuocoforza ritenerlo come causa di obbligazione.

I singoli quasi-contratti, menzionati nelle Istituzioni, sono: la gestione d'affari altrui senza mandato; l'amministrazione della tutela e della cura; la comunione incidentale; il pagamento dell'indebito e l'adizione dell'eredità. [1]

## § 110.

### Dei delitti e quasi-delitti.

Il delitto è ogni atto illecito colpito da una pena. Se la pena è stabilita direttamente nell'interesse del corpo sociale, e il diritto di accusa spetta ai magistrati ed a qualunqne cittadino, il delitto chiamasi *delictum publicum vel crimen*. Se al contrario la pena è stabilita direttamente a profitto della persona offesa, e non può essere domandata che mediante azione, si ha il delitto privato. I delitti pubblici non entrano nel diritto privato, se non in quanto producono l'obbligazione di riparare il danno da essi cagionato.

---

[1] V. più sotto §§ 145-148.

I delitti privati, i soli di cui ci dobbiamo occupare, possono dar luogo a tre specie di azioni: *pœnales*, *rei persecutoriæ*, *mixtæ*.

Le azioni penali hanno per iscopo l'applicazione della pena in cui è incorso il delinquente, la quale consiste ordinariamente nel doppio, nel triplo o quadruplo del danno recato.

Le azioni repersecutorie hanno per oggetto la riparazione del danno cagionato dal delitto; per esempio, la restituzione delle cose rubate, od i danni che ne fanno le veci.

Le azioni miste sono quelle, colle quali si chiede a un tempo e l'applicazione della pena e la riparazione del danno, p. e. *l'actio legis Aquiliæ*.

Il diritto d'intentare le azioni risultanti da delitto compete alla persona danneggiata: è un diritto che fa parte del suo patrimonio, e come tale passa di regola a' suoi eredi. Esse si fanno valere contro il colpevole. Gli eredi del colpevole invece non sono mai passibili delle azioni penali e miste, sì dell'azione repersecutoria, sino alla concorrenza di quanto si trovano arricchiti in conseguenza del delitto, *in quantum locupletiores facti sunt*. Se un delitto è stato commesso da più persone, ciascuna incorre nell'intiera pena, e tutte sono solidalmente responsabili del danno recato; correndo per altro questa differenza fra le azioni repersecutorie e le penali, che nelle prime il pagamento fatto da uno dei condelinquenti libera tutti gli altri, mentre la pena può essere subita per intiero da ogni singolo delinquente, senza che il pagamento fatto da uno di essi estingua l'obbligazione degli altri.

Le Istituzioni di Giustiniano menzionano quattro delitti privati, cioè il furto, la rapina, il danno recato ingiustamente e l'ingiuria propriamente detta. [1]

Vi sono diversi fatti obbligatorî che offrono dell'analogia coi delitti, ma che, quantunque reprensibili, mancano di qualcuno degli elementi del delitto, e perciò sono chiamati quasi delitti. I quasi-delitti si distinguono in ciò dai delitti che in essi di regola si risponde anche del fatto altrui, mentre nei delitti propriamente detti non si risponde che del fatto proprio. [2]

---

[1] Di questi delitti privati trattano i §§ 149-152.

[2] I singoli quasi-delitti saranno esaminati nella parte speciale insieme ai delitti.

## CAPO III.

### DELLE DIVERSE SPECIE DI OBBLIGAZIONI.

### § 111.

**Delle obbligazioni civili e naturali.**

Perchè una obbligazione sia pienamente efficace, è necessario che il creditore possa costringere il debitore all'esecuzione della medesima. Il mezzo ordinario e diretto per ottenere codesta esecuzione è l'azione personale che il creditore intenta in giudizio contro il suo debitore. Ma non sempre il creditore ha un tale mezzo, anzi vi sono obbligazioni che non si possono far valere per via di azione. Di qui la distinzione delle obbligazioni in civili e naturali.

*Obbligazioni civili.* — Le obbligazioni civili sono quelle che si possono far valere mediante azione; [1] e secondochè ripetano la loro origine dal diritto civile propriamente detto, o dal diritto onorario, diconsi obbligazioni del diritto civile od obbligazioni onorarie. [2]

*Obbligazioni naturali.* — Le obbligazioni naturali diconsi quelle, che, fondate sull'equità naturale, sono bensì giuridicamente valide, ma non sono fornite di azione. [3] Non devonsi quindi confondere le obbligazioni naturali coi semplici doveri morali, dappoichè sebbene le obbligazioni naturali non possano farsi valere per via di azione, producono però effetti giuridici, più o meno importanti secondo i casi. Eccone ad esempio i principali. In primo luogo ciò che venne dato in pagamento di un'obbligazione naturale non può essere ripetuto; [4] in secondo luogo l'obbligazione naturale può essere opposta per via di compensazione al creditore che chiede l'adempimento di un'obbligazione civile; [5] in terzo luogo l'obbligazione naturale può dar luogo ad un diritto di ri-

---

[1] Fr. 108 de V. S. (50, 16).

[2] Le obbligazioni onorarie si chiamano anche obbligazioni pretorie, perchè discendono per la maggior parte dal diritto pretorio.

[3] Fr. 16 § 4 de fidej. (46, 1); fr. 94 § 3 de sol. (46, 3).

[4] Fr. 16 § 4 de fidej. 46, 1.

[5] Fr. 6 de comp. (16, 2): " Etiam quod natura debetur venit in compensationem. "

tenzione;[1] in quarto luogo l'obbligazione naturale può convertirsi in obbligazione civile, mediante novazione o costituto di debito;[2] finalmente l'obbligazione naturale può servire di fondamento ad obbligazioni civili accessorie.[3] Giova però osservare che l'obbligazione naturale non produce sempre e necessariamente tutti gli effetti suesposti;[4] i quali poi cessano del tutto, ove si tratti di obbligazioni formalmente riprovate dalla legge, che anzi quanto è stato pagato in esecuzione di obbligazioni siffatte può essere ripetuto.[5]

Fra le cause, che danno origine ad un' obbligazione naturale, meritano speciale menzione le seguenti: 1° I nudi patti non producono, in diritto romano, un' obbligazione civile, ma semplicemente un' obbligazione naturale;[6] 2° Fra il padre di famiglia ed i figli soggetti alla patria potestà di lui non possono formarsi obbligazioni civili: lo stesso dicasi delle obbligazioni che si formano fra persone soggette alla medesima patria potestà; 3° L'impubere non può, senza l'intervento dell'autorità tutoria, obbligarsi civilmente, se non in quanto siasi arricchito: anzi, a stretto rigore, egli non può obbligarsi nemmeno naturalmente,[7] ma s' egli paga dopo che è uscito di tutela, o paga coll' intervento del tutore, o pagano i suoi eredi, avvi vero pagamento di debito,[8] e del pari sono civilmente obbligatorie le fideiussioni ed i pegni costituiti da terzi in garanzia dell' obbligazione assunta dal pupillo senza l'intervento del tutore;[9] 4° Da ultimo quando un' azione può essere respinta mediante un' eccezione concessa in odio del cre-

---

[1] Fr. 94 § 3 de sol. 46. 3.

[2] Fr. 1 § 1 de novat. (46, 2); fr. 1 § 6 e 7 de pec. const. (13, 5).

[3] Così p. e. si possono costituire pegni, ipoteche e sicurtà in garanzia di un' obbligazione naturale (fr. 5, pr. e fr. 14 § 1 de pign. 20, 1; § 1 Inst de fidej. 3, 20).

[4] Vedi più sotto, note 10 e 11.

[5] Fr. 26 pr. de cond. ind. 12, 6.

[6] Vedi i §§ 105 e 139.

[7] Fr. 41 de cond. ind. 12, 6; fr. 59 de O. et A. (44, 7).

[8] Fr. 42 pr. de iurej, (12, 2); fr. 13 § 1 de cond. ind. (12, 6); fr. 21 pr. ad leg. Falc. (35, 2); fr. 64 pr. ad S. C. Treb. (36, 1); fr. 25, § 1 quando dies leg. (36, 2); fr. 95, § 2 de solut. (46, 3).

[9] Fr. 35 de recept. (4, 8); fr. 42, pr. de iurej. (12, 2). Come si vede la legge, mentre non ammette che il pupillo, *come tale*, possa obbligarsi nemmeno naturalmente, non estende questo beneficio alle altre persone, e sotto certi riguardi, ammette che esista una specie di obbligazione naturale, dappoichè se il pupillo l'adempie coll' intervento del tutore, o dopochè è diventato pubere, essa riconosce siffatto adempimento come *debiti solutio*.

ditore, sparisce bensì l'elemento civile dell'obbligazione, ma rimane pur sempre un'obbligazione naturale. [1]

## § 112.

### Delle obbligazioni divisibili e indivisibili. [2]

L'obbligazione è divisibile o indivisibile, secondochè la prestazione, che ne forma l'oggetto, può o non può farsi in parti. Come si vede, la nozione giuridica della divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione si fonda tutta sulla possibilità o sull'impossibilità di frazionare l'oggetto dell'obbligazione. Se questo è suscettivo di parti intellettuali, l'obbligazione è divisibile; se invece non lo è punto, l'obbligazione è indivisibile. Per esempio: l'obbligazione di costituire una servitù prediale è indivisibile, essendo assolutamente impossibile una servitù prediale per metà; chè tali servitù sono diritti di tal forma indivisibili da dover essere costituite per intiero, o punto. In quella vece, l'obbligazione di pagare una somma di denaro è divisibile, perchè non è esclusa la possibilità venga pagata in due volte, o da due debitori, ciascuno dei quali paghi una parte. Non bisogna quindi confondere la divisibilità dell'obbligazione coll'effettiva divisione della medesima. Se Tizio p. e. è debitore di mille scudi, egli è obbligato a pagarli tutti in una volta, non potendo costringersi il creditore a ricevere pagamenti parziali; [3] ciò non ostante quell'obbligazione è divisibile appunto perchè esiste la *possibilità* che quella prestazione venga frazionata in parti. [4]

La distinzione fra obbligazioni divisibili e indivisibili acquista importanza, quando vi sono più creditori o più debitori, o specialmente quando all'originario creditore o debitore succedono più eredi. Se Tizio, p. e., il quale ha un debito verso Sempronio, muore lasciando due eredi, questi non saranno tenuti che ciascuno per la metà quando l'obbligazione sia divisibile; che se fosse indivisibile, ciascuno sarebbe tenuto per l'intiero. [5]

---

[1] Esempio: *Exc. S. C. Maced.* (Vedi § 133).

[2] Vedi Bellavite, *Note illustrative al Cod. civ.* Delle obbligazioni condizionali, a tempo determinato, alternative, in solido, divisibili ed indivisibili, Padova 1875.

[3] V. più sotto § 115, pag. 33.

[4] Il creditore p. e. potrebbe accondiscendere a ricevere pagamenti parziali, e purchè esista questa possibilità della prestazione parziale, l'obbligazione è divisibile. Purchè adunque l'obbligazione sia capace di divisione, essa è divisibile, sebbene nel caso concreto non sia divisa.

[5] Così dispone anche il C. c. art. 1204 e 1206.

Alle obbligazioni divisibili appartengono tutte quelle che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o di un altro diritto divisibile;[1] così pure le obbligazioni di fare che hanno in sè stesse il carattere di quantità.[2] Appartengono invece alle indivisibili le obbligazioni dirette ad un *opus*, e quelle dirette alla costituzione di una servitù prediale e della servitù d'uso.[3]

## § 113.

### Delle obbligazioni determinate e indeterminate, alternative e generiche.[4]

Innanzi tutto è da avvertire che se l'obbligazione è talmente indeterminata, che il debitore possa sottrarsi da ogni vincolo, non esiste una vera obbligazione, ma solo una obbligazione apparente;[5] ma tolto pure questo caso, le obbligazioni possono essere determinate o indeterminate.

*Le obbligazioni determinate* sono quelle in cui il *quid*, il *quale* e il *quantum* della prestazione, che ne è oggetto, è stato direttamente ed assolutamente stabilito; per esempio, l'obbligazione di consegnare il fondo Semproniano. — Sono invece *indeterminate*, se il *quid*, il *quale* e il *quantum* è stabilito soltanto relativamente, e ad essere conosciuto abbisogna di una speciale ricerca. Talvolta è anticipatamente indicato il modo di determinare la prestazione, in quantochè si è prefissa la fonte a cui ricorrere per completare la mancanza della determinazione. Questa fonte può essere la dichiarazione di una delle parti, o di un terzo, o il prudente arbitrio del giudice, od altro fatto qualsiasi. Ma può anche avvenire che non siasi indicato il modo di completare la determinazione, e in tal caso al debitore ne spetta il diritto.[6] Fra le obbligazioni indeterminate vengono prime le obbligazioni alternative e le generiche.

---

[1] Fr. 2 § 1, fr. 54 pr., fr. 85 § 1, fr. 117 de V. O. (45, 1); fr. 9 § 1 e fr. 29 e fr. 44, § 1 de solut. (46, 3); fr. 5 de usufr. (7, 1); fr. 13 § 1 de accept. (46, 4).

[2] Savigny, Oblig. § 29.

[3] Fr. 17 de serv. (8, 1); fr. 25 § 9-11 fam. erc. (10, 2); fr. 2 § 1; fr. 27 pr. e fr. 72 pr. de V. O. (45, 1); fr. 13 § 1 de accept. (46, 4); Ved. inoltre fr. 80, § 1 ad leg. Falc. (35, 2).

[4] Vedi Bellavite op. cit. nella nota 2 del § preced.

[5] V. più sopra, § 100, pag. 3, nota 4.

[6] Fr. 99, pr. e fr. 106 de V. O. (45, 1).

*Delle obbligazioni alternative.* — Avvi obbligazione alternativa quando sono indicati più oggetti, dei quali il debitore debba prestare o l'uno o l'altro. La scelta fra i varî oggetti alternativamente dovuti s'appartiene al debitore, se non è stato espressamente pattuito il contrario, [1] e gli compete liberamente sino all'effettivo adempimento dell'obbligazione. [2] Per espressa convenzione delle parti il diritto di scelta può essere concesso al creditore. In tal caso, se i termini della convenzione non stabiliscono esplicitamente o implicitamente il contrario, il creditore ha esso pure il diritto di modificare la scelta, sino a tanto che non ha intentato l'azione. [3] Il diritto di scelta, sia del debitore, sia del creditore, si trasmette agli eredi. [4]

Se uno degli oggetti alternativamente dovuti perisce, l'obbligazione diventa semplice, e il debitore deve prestare l' oggetto che rimane. [5] Questa regola soffre un'eccezione nel caso che la perdita sia avvenuta per colpa del debitore mentre il diritto di scelta spettava al creditore, poichè allora sarebbe in facoltà di questo chiedere l'oggetto rimasto o farsi pagare i danni per l'oggetto perduto. Di più quando uno degli oggetti sia perito per colpa del debitore, questi non resta liberato dalla sua obbligazione, se in seguito l'altro ancora perisca casualmente, ma invece risponde dei danni. [6]

*Delle obbligazioni generiche.* — L'obbligazione generica è quella il cui oggetto non è determinato individualmente, ma soltanto pel genere al quale esso appartiene. L'oggetto di un' obbligazione generica può consistere in una quantità di cose fungibili (p. e., mille scudi, cento ettolitri di frumento) od anche in una cosa non fungibile (p. e. uno schiavo, un cavallo). Anche per le obbligazioni generiche valgono, quanto al diritto di scelta, le regole

---

[1] Fr. 25, pr. fr. 34 § 6 de contr. emt. (18, 1); fr. 10 § 6 de iure dot. (23, 3); C. civ. art. 1178.

[2] Una semplice dichiarazione, od anche una prestazione *parziale* non vincolerebbe il debitore, di guisa ch'egli potrebbe pur sempre variare fino all'*integrale* esecuzione della sua obbligazione (fr. 138 § 1 de V. O. 45, 1); " *Cum pure stipulatus sum illud aut illud dari, licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod præstaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressæ et eius quæ inest.* "

[3] Fr. 112 pr. i. f. de V. O. (45, 1). V. Windscheid, *Pand.* § 255, not. 9.

[4] Fr. 76 de V. O. (45, 1); fr. 75 § 3 de leg. I.

[5] Fr. 2 § 3 de eo quod certo loco (13, 4); fr. 34 § 6 de contr. emt. (18, 1); fr. 95, pr. § 1 de sol. 46, 3; fr. 16 pr. de V. O. (45, 1).

[6] Fr. 95 § 1 de sol. (46, 3); Cod. civ., art. 1181.

esposte per le obbligazioni alternative; anche qui esso spetta al debitore, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente.[1]

## § 114.

### Delle obbligazioni parziarie, correali e solidarie.[2]

Ogni obbligazione suppone necessariamente almeno due persone, un creditore e un debitore, poichè nessuno può essere debitore o creditore di se stesso. Talvolta esistono insieme più debitori o più creditori; lo che può avvenire per varie guise.

Di regola i diversi creditori o debitori sono interessati *pro rata* ovvero *in partem*. In questo caso ciascuno dei creditori non può pretendere che una parte dell'oggetto dovuto,[3] e ciascuno dei debitori non è tenuto a pagarne che una parte.[4] Qui non vi ha che l'apparenza di una sola obbligazione con più creditori o debitori; in realtà esistono tante obbligazioni quanti sono i creditori o i debitori. In altri termini, l'obbligazione si divide in più obbligazioni differenti, in ciascuna delle quali non v' ha che un debitore e un creditore.[5]

Può verificarsi per altro che, o per volontà delle parti, o per disposizione di legge, ciascuno dei creditori abbia diritto all' intiera prestazione, e ciascun debitore sia del pari tenuto ad eseguire l'intiera obbligazione (*in solidum*), in guisa però che il pagamento fatto ad uno dei creditori o da uno dei debitori estingua l'obbligazione per tutti. Questo caso abbraccia due diverse categorie che si sogliono designare indistintamente col nome di obbligazioni in solido, sebbene più propriamente vadano divise in obbligazioni correali e in obbligazioni solidarie.

---

[1] Fr. 32 § 3 de cond. ind. (12, 6); fr. 52 mand. (17, 1).

[2] Vedi BELLAVITE op. cit; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 213 e seg.

[3] Se, per esempio, tre persone vendono insieme un fondo per 3000 scudi, ciascuna di esse non può pretendere che la sua quota, cioè 1000 scudi (V. la nota seg.).

[4] Se, per esempio, tre persone comprano insieme un fondo per 3000 scudi, il venditore non può pretendere che 1000 scudi da ciascuno dei tre compratori, e l'insolvibilità di uno non nuoce punto agli altri (Fr. 11 § 2 de duob. reis, 45, 2; fr. 85 pr. § 1 de V. O. 45, 1).

[5] La regola che la prestazione dell'obbligazione si divide fra i diversi creditori e debitori non è applicabile, quando la divisione è esclusa dalla natura stessa della prestazione (V. più sopra § 112, pag. 26).

L'obbligazione correale consta di un solo vincolo giuridico obbligatorio e di un solo oggetto, sebbene più sieno i creditori o i debitori (*una eademque obligatio*, *una eademque res*, *plures personæ*). L'obbligazione semplicemente solidaria invece presuppone più persone che debbano prestare la medesima cosa per intiero ma in forza di tanti vincoli obbligatori quanti sono i debitori (*plures obligationes*, *plures personæ*).

Come si vede, l'obbligazione correale e l'obbligazione semplicemente solidaria hanno di comune che ciascun debitore è tenuto per l'intiero (*in solidum*), che una volta soddisfatto il creditore da uno dei debitori restano liberati anche gli altri: ma si differenziano in questo che nell'obbligazione correale vi ha unicità di obbligazione, [1] mentre nelle obbligazioni semplicemente solidarie tante sono le obbligazioni quanti i subietti attivi o passivi (*plures obligationes, plures personæ*). [2] Passiamo a trattare particolarmente delle obbligazioni correali proprie e delle obbligazioni semplicemente solidarie.

*Delle obbligazioni correali.* — La vera obbligazione correale è una obbligazione sola col medesimo oggetto ma con più soggetti talmente legati fra di loro che ognuno dei creditori può esigere il pagamento e ognuno dei debitori è tenuto per l'intera somma, ma il pagamento fatto una volta estingue il rapporto obbligatorio anche per gli altri. I più creditori sono detti creditori correali (*plures rei credendi*) ed i più debitori portano il nome di debitori correali (*plures rei debendi*), e l'obbligazione correale chiamasi attiva o passiva, secondochè sono più i creditori od i debitori.

---

[1] Se, per esempio, tre fratelli assumono insieme un mutuo di 1000 scudi, e per maggiore sicurezza del creditore si obbligano in guisa che ciascuno di essi risponda per l'intiera somma, vi ha non solo unicità di oggetto, ma eziandio unicità di obbligazione, dappoichè, sebbene sieno più i mutuatarî, è un solo e medesimo mutuo ch'essi hanno assunto.

[2] Se per esempio, più persone commettono insieme un'azione illecita e recano danni a un terzo, vi ha obbligazione in solido, inquantochè ciascuno è tenuto all'intiero risarcimento. Anche qui, come nelle obbligazioni correali, basta che uno dei debitori abbia risarcito l'intiero danno; ma l'azione illecita commessa insieme da quelle persone, è una azione illecita per ogni singolo autore: non è che in apparenza che esiste unicità di azione; in realtà sono tante azioni illecite, quanti sono gli autori. In questo caso adunque vi sono più persone che debbono prestare la medesima cosa (*una eademque res*), ma sono tanti i vincoli obbligatorî (*plures obligationes*), quanti sono gli autori del fatto illecito (*plures personæ*).

Le cause principali che danno origine ad un' obbligazione correale sono il contratto,[1] il testamento,[2] la legge.[3]

Per le obbligazioni correali vale la regola che *ogni avvenimento, il quale distrugge l' esistenza obbiettiva dell' obbligazione, estingue tutta l' obbligazione correale*, quand' anche non si avverasse che in un solo dei creditori o debitori correali.[4] In quella vece, *quegli avvenimenti, che risguardano soltanto il rapporto subiettivo fra uno dei correi e l' obbligazione, non operano che subiettivamente.* Avverandosi quindi un fatto che estingue soltanto il vincolo giuridico di un condebitore, questi soltanto è sciolto dall' obbligazione.[5] La ragione di questa differenza è inerente all' indole stessa dell' obbligazione correale. Invero, distruggendosi l' esistenza obbiettiva dell' obbligazione correale, essendo essa un' *obbligazione unica*, è naturale che debba estinguersi intieramente e per tutti i subietti: non è così invece per l' estinzione del rapporto subiettivo di uno dei condebitori o concreditori, poichè distuggendosi soltanto il vincolo personale di uno, non può dirsi distrutto quello di tutti.

Per tal modo il pagamento, la compensazione, la novazione, l' accettazione, il giuramento e la consumazione processuale (*litis contestatio*, distruggendo l' esistenza obbiettiva dell' obbligazione,

---

[1] Si deve conchiudere un contratto solo per tutti. Questa unicità del contratto si manifesta specialmente nella forma della stipulazione. Trattandosi di creare un' obbligazione correale passiva, il creditore domanda ai due debitori (Sempronio e Mevio): " *Semproni! decem dare spondes? Mævi! eosdem decem dare spondes?* " e ciascuno dei condebitori risponde " *Spondeo* " o tutti e due insieme rispondono " *Spondemus* " Pr. Inst. III, 16. Ved. anche fr. 3 pr., fr. 4, fr. 6 § 3 e fr. 12 pr. de duob. reis (45, 2). Trattandosi di creare per stipulazione un' obbligazione correale attiva, uno dei concreditori rivolge al comune debitore la domanda: " *Spondesne mihi decem dare?* " e l' altro concreditore fa subito dopo la stessa domanda " *Spondesne mihi eosdem decem dare?* " e il debitore risponde: " *Utrique vestrum decem dare spondeo.* "

[2] Per testamento nasce l' obbligazione correale, quando il testatore impone un legato ad uno o all' altro degli eredi alternativamente: *ille aut ille centum dato* (fr. 25. pr. de leg. III, fr. 8 § 1 de leg. I, fr. 9 pr. de duob. reis 45, 2).

[3] Un esempio di obbligazione correale stabilita dalla legge è quello di più comproprietari di un animale che abbia recato qualche danno (fr. 1 § 9 si quadrup. pauper. 9, 1).

[4] Se per esempio uno dei condebitori correali soddisfa il creditore, l' obbligazione è estinta per tutti, cioè anche per gli altri condebitori che non hanno pagato.

[5] Se per esempio il creditore conchiude con uno dei condebitori correali *un pactum de non petendo in personam*, il debito degli altri condebitori continua a sussistere inalterato (fr. 22-27 de pact. 2, 14. Vedi anche la pag. seg. nota 2).

estinguono l'obbligazione di tutti,[1] mentre il *pactum de non petendo in personam*, la diminuzione di capo, la restituzione in intiero, la confusione e il legato di liberazione e il concorso di cause lucrative, risguardando soltanto il rapporto personale di uno dei creditori o debitori, liberano solo colui nel quale queste cause si sono verificate.[2]

*Delle obbligazioni semplicemente solidarie.* — L'obbligazione semplicemente solidaria suppone bensì identità di oggetto, ma pluralità di obbligazioni e di soggetti: in altri termini, essa suppone più persone che debbano tutte prestare la medesima cosa per intiero, ma in forza di tanti vincoli obbligatorî quante sono le persone obbligate.[3] Essa nasce di regola per comuni delitti, ma naturalmente solo riguardo all' obbligo del risarcimento e non già rispetto alla pena.[4]

L'obbligazione semplicemente solidaria non si estingue interamente per ogni fatto che distrugga l'esistenza dell'obbligazione, appunto perchè non avvi una sola obbligazione, ma sono tante obbligazioni quanti sono i debitori, tenute assieme soltanto dalla identità dell' oggetto. L'obbligazione semplicemente solidaria non si distrugge intieramente che per la soddisfazione del creditore, dunque solo in forza del pagamento e della compensazione.[5] Qualunque altro avvenimento diverso dalla soddisfazione del creditore potrebbe estinguere l'obbligazione per uno dei debitori, ma non anche per gli altri.[6]

[1] Fr. 7 § de except. 44, 1; fr. 2 de duob. reis. 45, 2; fr. 31 § 1 de novat. 46, 2; fr. 16 pr. de accept. 46, 4; fr. 28, § 1 e 3, e fr. 42 § 3 de iurej. 12, 2.

[2] Fr. 21 § 1, fr. 22-27 e fr. de pact, 2, 14; fr. 9 § 1 e fr. net. de duob. reis. 45, 2; fr. 7. § 1 de except. 44, 1; fr. 71 pr. de fidej, et mand. 46, 1.

[3] V. più sopra, pag. 30. L'obbligazione semplicemente solidaria non è mai attiva, ma sempre passiva.

[4] Fr. 1 § 4 (2, 10); fr. 14 § 15 e fr. 15 (4, 2); fr. 17 fr. (4, 3); fr. 3 (11, 6); fr. 1 (13, 1); fr. 7 § 4 (27, 6); fr. 1 § 13 (43, 16). L' obbligazione semplicemente solidaria può nascere indirettamente anche da contratti, come effetto d' ineseecuzione delle obbligazioni che imponevano a più persone la stessa responsabilità, come per esempio nel caso di più depositarî e conduttori della medesima cosa (fr. § 43 depos. 16, 3; fr. 5 § 15 comod. 13, 6; fr. 48 de admin. 26, 7; fr. 60, § 2 mand. 17, 1). Così pure rispondono solidariamente coll' *actio de effusis et deiectis* più abitatori dello stesso appartamento, dal quale siasi gettata o versata qualche cosa sopra un pubblico passaggio (fr. 1 § 10 e fr. 4 de ius. qui effud. 9, 3).

[5] Vedi pag 29.

[6] Vedi la nota 2 a pag. 30. V. anche ARNDTS SERAFINI, *Pand.* § 214; WINDSCHEID, *Pand.* § 292-8; VANGEROW, *Pand.* § 573; SCHUPFER, *Oblig.* pag. 36-44; SERAFINI, *Diritto Romano*, § 154.

## CAPO IV.

### DELL' ESECUZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

Il debitore deve adempiere la prestazione, che forma oggetto dell' obbligazione, nel luogo e nel tempo stabilito dalle parti o dalle circostanze. L' esecuzione dell' obbligazione adunque va considerata sotto tre punti di vista, dell' oggetto, del tempo e del luogo.

### § 115.

**Dell' esecuzione dell' obbligazione quanto all' oggetto.**

Il debitore deve dare o fare esattamente e precisamente quello che forma oggetto della sua obbligazione, e quindi non può pretendere che il creditore accetti un' altra prestazione, od una prestazione parziale od incompleta. Tuttavia se il debito consiste in una somma di danaro, il debitore che senza sua colpa non può in alcun modo procacciarselo ha il diritto di offrire in pagamento al creditore i suoi oggetti più preziosi; i mobili prima e poi anche gli immobili dietro stima giudiciale dei medesimi (*datio in solutum*). [1] Vi sono poi debitori che godono il beneficio di competenza, in virtù del quale non possono essere condannati all'esecuzione di un' obbligazione, se non in quanto possano soddisfarvi, senza rimanere privi del necessario al loro sostentamento (*condemnatio in id quod facere possunt*). [2] Questo beneficio è strettamente personale e non passa neppure agli eredi di chi ne gode. [3]

Inoltre il creditore può vietare che la prestazione sia fatta da altri che dall' obbligato, eccetto che la prestazione sia tale da rimanere sempre la stessa, qualunque sia la persona che la eseguisca. [4]

---

[1] Nov. 4 cap. 4.

[2] Fr. 137 pr. de R. I. 50, 17. Ma ritornato *in bonis* il debitore può essere costretto a pagare ciò che ritenne in forza del benefizio di competenza (const. 8 sol. matr. V, 18).

[3] Fr. 12 sol. matr. 38 (24, 3); fr. 23 e 25 de re iud. (42, 1); fr. 63 § 1 e 2 prosocio (17, 2). Il beneficio di competenza spetta ai soldati, ai coniugi reciprocamente, ai genitori in confronto dei loro figli, al suocero per la dote promessa finchè dura il matrimonio; a chi è uscito di fresco dalla patria potestà pei debiti contratti durante la medesima quando egli abbia ereditato poco o nulla dal padre; ai membri di una società reciprocamente per quel che uno deve all' altro a cagione della medesima; al donante convenuto per l' adempimento della donazione, e finalmente al debitore insolvente di buona fede che ha fatto la cessione dei suoi beni.

[4] Arndts-Serafini, *Pandette* § 219.

## § 116.

### Del luogo dell'esecuzione dell'obbligazione.

Se il luogo, in cui il debitore deve eseguire la sua obbligazione, non è determinato nè dalla natura stessa dell'obbligazione, [1] nè da convenzione esplicita o implicita delle parti, [2] il creditore ha il diritto di chiedere che l'obbligazione venga eseguita nel luogo, dove, in caso di rifiuto, egli può ottenere ed ottiene effettivamente la condanna del debitore: questo luogo sarà adunque di regola il domicilio del debitore. [3] Tuttavia se il credito è diretto alla consegna di cosa certa e determinata, il debitore, che non sia in mala fede, non può essere obbligato ad eseguire l'obbligazione in un luogo diverso da quello in cui la cosa si trova attualmente, colla modificazione però che se il debitore avesse in mala fede trasportato altrove l'oggetto, potrebbe essere costretto di spedirlo a proprie spese nel luogo ove il creditore ha il diritto di pretendere l'esecuzione secondo la regola generale. [4]

Dopo avere parlato del luogo in cui il debitore ha l'*obbligo* di eseguire la prestazione, ci resta a parlare di quello in cui egli ha il *diritto* di eseguirla. Se il luogo è determinato dalle parti o dalla natura stessa della prestazione, il debitore non ha diritto di eseguirla altrove. Tuttavia se le parti lo avessero stabilito nell'interesse esclusivo del debitore, questi avrebbe la facoltà di eseguire l'obbligazione anche nel domicilio del creditore. [5] In mancanza di esplicita od implicita determinazione, il debitore che ha promesso di portare la cosa al creditore, senza precisar dove, può eseguire la sua obbligazione in qualunque luogo opportuno

---

[1] Ciò avviene p. es. nel caso che taluno si sia obbligato ad eseguire lavori intorno a beni stabili.

[2] Fr. 47, pr. § 1 de leg. I; fr. 50 pr. e fr. 52 § 1, 2 de iud. (5, 1).

[3] Fr, 38 (5, 1); fr. 47 pr. § 1 (30); fr. 1 (33, 1); fr. 11 § 1 (10, 4); fr. 12 § 1 (16, 3); Cod. civ. art. 1249.

[4] Vedi oltre i testi citati nella nota precedente, il fr. 26 § 1, fr. 108 pr. (30); fr. 1 § 3 fr. 2 pr. fr. 4 § 2 e fr. 5. (18, 6). Il Cod. civ. patrio (art. 1249) dispone che in questo caso la consegna della cosa deve farsi nel luogo ove si trovava al tempo del contratto.

[5] Fr. 2 § 7; fr. 9 (13, 4); fr. 122 pr. (45, 1); c. 9 Cod. (8, 43).

gli sia dato trovare il creditore:[1] che se per contro non ha assunto quell'impegno, egli ha il diritto di eseguire l'obbligazione anche al proprio domicilio, e toccherà al creditore presentarsi in persona o per mezzo d'altri a ricevere la cosa.[2]

## § 117.

### Del tempo dell'esecuzione dell'obbligazione.

Il termine entro il quale il debitore può validamente eseguire la sua obbligazione, e il creditore ha il diritto di chiedere codesta esecuzione, può essere determinato o dalle parti stesse, o dalla natura della prestazione, o dalla legge, o dal giudice.

Se il termine è stabilito dalle parti, il creditore, non può chiedere l'esecuzione prima che sia scaduto.[3] Però se il termine è stabilito nell'interesse esclusivo del debitore, questi può eseguire l'obbligazione anche prima dell'epoca fissata; mentre se è pattuito nell'interesse del creditore, il debitore non può fare valida offerta se non quando sia scaduto il termine.[4] Nel dubbio il termine si ritiene favorevole al debitore, giusta la massima *diei adiectio pro reo est.*[5]

Se non venne fissato alcun termine, il creditore può chiedere l'esecuzione ad ogni istante, tranne le seguenti eccezioni: 1° quando la prestazione esige per sua natura un certo tempo; 2° quando la prestazione consiste in un lavoro che non può farsi in qualunque stagione; 3° quando la legge stessa fissa un termine; 4° finalmente quando è in facoltà del giudice l'accordare una modica dilazione ed egli l'accorda.[6]

Se il debitore omette ingiustamente di eseguire la sua prestazione nel termine entro il quale avrebbe dovuto eseguirla, egli è in mora. Anche il creditore può essere costituito in mora, ogniqualvolta egli impedisca ingiustamente l'esecuzione attuale dell'obbligazione, ricusando p. e. di accettare l'offerta del pagamento fattagli in tempo e luogo opportuno, o non trovandosi nel

---

[1] Fr. 39 de solut. (36, 3).

[2] Cod. civ. art. 1249. V. WINDSCHEID, *Pand.* § 282.

[3] Fr. 42 de V. O. (45, 1); Inst. § 2 (3, 15); Cod. civ. art. 1174.

[4] Fr. 39 (46, 3); fr. 38 § 16, fr. 41 § 1 e fr. 137 § 2 (45, 1); fr. 17 (50, 17); Cod. civ. art. 1175.

[5] Fr. 38 § 16; fr. 41, § 1, fr. 137 § 2 Dig. de V. O.; fr. 70 Dig. de solut.

[6] Fr. 186 (50, 17); fr. 14, fr. 41 § 1, fr. 60, fr. 73 pr., fr. 98 § 1, fr. 137 § 2 e 3 (45, 1); Cod. civ. art. 1173.

luogo designato per ricevere la prestazione. Della mora del creditore parleremo nel capo sesto. [1] Qui della mora del debitore.

## § 118.
### Della mora del debitore.

*Requisiti della mora del debitore.* — Per regola generale il debitore non è costituito in mora che mediante interpellazione. L'interpellazione può consistere in una domanda giudiziale o in un atto stragiudiziale, ma in ogni caso deve farsi debitamente nel tempo e nel luogo opportuno. È quindi necessario esaminare partitamente: chi abbia il diritto di fare l'interpellazione; a chi e in qual tempo, luogo e modo debb'essere fatta; in quali casi da ultimo l'interpellazione non è necessaria.

*Chi possa fare l'interpellazione.* — L'interpellazione, può farsi soltanto da chi ha la facoltà di ricevere la prestazione e la giustifichi di fronte al debitore. Non già che il creditore debba farla sempre personalmente, dappoichè egli può servirsi anche di un mandatario. Anzi si danno casi nei quali il creditore non può egli stesso interpellare, come quando è incapace per legge a ricevere la prestazione. Così p. e. il pupillo e l'interdetto non possono fare in persona una valida interpellazione, ma in loro vece dovrà farla il tutore o il curatore.

*A chi debba essere fatta l'interpellazione.* — L'interpellazione per essere valida deve essere diretta contro il debitore capace per legge di adempiere l'obbligazione di cui si tratta. Così p. e. se il debitore è un pupillo o un interdetto, l'interpellazione deve farsi al tutore o al curatore. L'interpellazione fatta al mandatario del debitore non è valida se non nel caso che questi sia un procuratore incaricato di rappresentare il debitore in giudizio. [2]

*Quando debba essere fatta l'interpellazione.* — Se l'obbligazione non è soggetta ad alcun termine, l'interpellazione può farsi in qualunque momento. Se invece è soggetta a termine, è naturale che l'interpellazione non può farsi validamente prima che questo sia decorso, dappoichè nessuno può pretendere l'esecuzione di un'obbligazione non peranco scaduta: [3] dopo, l'interpellazione può

---

[1] V. più sotto § 123, pag. 50.

[2] Fr. 8 § 3 (3, 3) combinato col fr. 32 § 1 (22, 1). Pel disposto degli art. 135 e 136 del Cod. di proc. civ. it. le domande si devono dirigere contro la stessa parte, salvochè questa non abbia l'amministrazione dei suoi beni, nel qual caso l'intimazione si fa al suo rappresentante.

[3] Fr. 49 § 1 de V. O. (45,

farsi validamente, ma non è necessaria, perocchè, come vedremo in appresso, *dies interpellat prò homine.*

*In qual luogo debba farsi l'interpellazione.* — Di regola l'interpellazione deve essere fatta al domicilio reale od elettivo del debitore. Trattandosi di domanda giudiziale, se questa viene notificata alla persona stessa del debitore, l'interpellazione può farsi in qualsiasi luogo opportuno, purchè, s'intende, il debitore non venga citato a comparire avanti ad un'autorità diversa da quella del luogo in cui egli ha la sua residenza o il suo domicilio, e non si pretenda ch'egli adempia l'obbligazione in un luogo diverso da quello in cui deve eseguire la prestazione. [1]

*In quale forma e modo debba farsi l'interpellazione.* — L'interpellazione può essere fatta giudizialmente o stragiudizialmente: dunque o con regolare atto di citazione, o con una semplice lettera, od anche a voce. [2] Una semplice comunicazione del conto, non accompagnata dall'invito di pagare, non si può, di regola, riguardare come una interpellazione, ma solo come una notificazione del debito esistente.

Se manchi l'una o l'altra delle condizioni suesposte, l'interpellazione non è valida, e il debitore non può dirsi costituito in mora. E perfino nel caso che esistano tutti i requisiti accennati, vi possono essere circostanze tali che rendano scusabile il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione. [3]

*In quali casi non sia necessaria l'interpellazione.* — In alcuni casi il debitore è costituito in mora di pien diritto, senza bisogno

---

[1] Fr. 32 pr. (22, 1); Cod. di proc. civ. art. 90 e 139. Quando però è stato fissato un luogo per l'esecuzione dell'obbligazione, il creditore ha il diritto di proporre la domanda davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione; ma perchè ciò possa farsi validamente, il Cod. di proc. civ. it. vuole che l'atto di citazione sia stato notificato *alla persona stessa del debitore mentre si trova in detto luogo* (art. 91), salvochè si tratti di materia commerciale.

[2] Fr. 38 § 7 (22, 1). Il Cod. civ. patrio richiede l'*intimazione* od altro atto *equipollente* (art. 1223). Non basta adunque un atto qualunque, ma si esige una formale interpellanza fatta per iscritto. Non è però necessario che sia una domanda giudiziale, bastando anche una domanda stragiudiziale.

[3] Così non è in mora il debitore, se il ritardo non gli è imputabile, inquantochè p. es. l'esecuzione dell'obbligazione sia diventata impossibile senza sua colpa (pag. 39 nota 7), o se gli fu impossibile trovare il creditore per fare il pagamento; così pure se dovette assentarsi in causa di pubblico ufficio e non ebbe tempo di provvedere, o se ritarda l'adempimento dell'obbligazione perchè abbia qualche valida eccezione da apporre alla dimanda del creditore, o perchè il credito non sia liquido, o perchè il creditore non faccia quello che il debitore ha il diritto di pretendere. (Un esempio ce lo offre il fr. 14 depositi 16, 3)

di interpellazione (*mora ex re*), e sono: 1° quando l'obbligazione è diretta alla restituzione di una cosa che al creditore sia stata sottratta furtivamente od in altro modo illecito; [1] 2° quando l'interpellazione non può farsi per l'assenza del debitore o per altra causa che da questo provenga, nel qual caso basta una protesta giudiziale; [2] 3° quando si tratta di crediti di minori; [3] 4° quando infine è stato fissato un termine entro il quale il debitore deve adempiere la sua obbligazione. [4] Che se il termine è stato fissato solo perchè il creditore non debba chiedere prima la esecuzione dell'obbligazione, questi non può fare l'interpellanza avanti la scadenza, e trascorsa che sia, se vuole costituire il debitore in mora, deve interpellarlo. [5]

*Effetti della mora del debitore.* — Il debitore costituito in mora è tenuto al risarcimento di tutti i danni che ne vennero al patrimonio del creditore (*id quod interest*). Questo principio merita una analisi più accurata. Il debitore, si è detto, è tenuto a risarcire tutti danni, lo che vale tanto il danno positivo (danno emergente) quanto il danno negativo (lucro cessante). [6] Egli non è però tenuto di quei danni che hanno cagione da un lusso straordinario [7] o da una disonestà del creditore. [8] Nel fissare il valore pecunario dei danni, il giudice deve avere riguardo, non già al valore astratto

---

[1] Fr. 8 § 1 (13, 1): " *semper enim fur et invasor moram facere videtur.* „ Confronta il fr. 1 § 34 e 35 (43, 16).

[2] Fr. 2 de naut. foen. (22, 2).

[3] Fr. 87 § 1 (31). Quanto ai crediti del fisco, dei legati pii, ed all'obbligo della restituzione della dote dopo sciolto il matrimonio, è stabilito che gli interessi moratori decorrono dal semplice ritardo del pagamento, senza bisogno d'interpellazione.

[4] Questo principio non solo è esplicitamente sancito dal diritto canonico (cap. 6 de reg. iur. in VI: " *eum, qui certus est, certiorari ulterius non oportet* „) e dal Cod. civ. patrio (art. 1223), ma è altresì conforme alle leggi romane: fr. 1, fr. 11, § 15 e 16 (19, 1); c. 12 Cod. (8, 38); c. 2 Cod. (4, 66): fr. 5 (12, 1); fr. 33 e 114 (45, 1); c. 10 Cod. (4, 49); Vedi anche la *Glossa* al fr. 9 § 1, fr. 32 (22, 1) ed al fr. 23 (44, 7).

[5] Molti autori non ammettono la regola *dies interpellat pro homine.* Ciò avviene perchè essi non fanno la debita distinzione fra le due specie di termine accennate nel testo.

[6] Fr. 114 (45, 1): " Si fundum certo die præstari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die præstetur, *consecuturum me quanti mea intersit, moram factam non esse.* „ Confr. fr. 113 § 1 (45, 1); fr. 36 § 2 (7, 1); fr. 9 § 8 (10, 4); fr. 21 § 3, fr. 31 § 1 (19, 1); fr. 26 (32); Cod. civ. art. 1227: " I danni sono in genere dovuti al creditore *per la perdita sofferta* e *pel guadagno di cui fu privato.* „ (Vedi anche più sopra, § 31, pag. 104).

[7] Fr. 40 pr. (39, 2); " *honestus modus servandus est, non immoderata cuiusque luxuria subsequenda.* „ Vedi f. 13 § 1 (8, 2).

[8] Fr. 11 (47, 2): " Tum is, cuius interest, furti habet actionem, *si honesta causa interest.* „ Vedi anche fr. 76 § 1 *l. c.* e fr. 33 (6, 1).

della prestazione non eseguita o ritardata, sibbene al valore ch'essa aveva pel creditore, non calcolando per altro il prezzo di affezione che il creditore poteva annettervi per ragioni puramente personali.[1] Se il valore dell' oggetto dovuto è diminuito dopo la costituzione in mora, il debitore può essere condannato al maggior valore, seppure non provi che il creditore, qualora avesse ricevuto in tempo la cosa, l'avrebbe conservata;[2] e se il valore ebbe ad aumentare, il creditore può pretenderlo quale è attualmente, salvochè il debitore non provi che il creditore non avrebbe conservato la cosa sino a questo momento.[3] Il debitore moroso deve pagare i frutti percetti e percipiendi[4] e gli interessi, i quali, trattandosi di obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono fissati nella misura legale.[5] Per una legge speciale di Giustiniano, quando l'oggetto della prestazione è suscettivo di una stima certa, questa non può eccedere il doppio del valore dell' oggetto.[6] Se *dopo* la mora del debitore la prestazione è divenuta impossibile, il debitore moroso non resta liberato dall' obbligazione, nemmeno se tale impossibilità derivi da caso fortuito,[7] eccettochè non provi che quand' anche avesse eseguito in tempo l' obbligazione, il creditore non avrebbe nè l' oggetto dovuto, nè il relativo valore.[8] Gli stessi principî si applicano al caso di impossibilità parziale.[9]

---

[1] Fr. 33 pr. (9, 2); fr. 6 § 2 (7, 7); fr. 73 pr. (35, 2).

[2] Fr. 3 § 3 (19, 1); fr. 37 (17, 1).

[3] Fr. 21 § 3 (19, 1). Vedi anche la nota precedente.

[4] Fr. 8, 38 § 15 e 39 § 1 (22, 1): Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, *sed quos legatarius percipere potuit.*

[5] Fr. 32 § 2 (21, 1); Cod. civ. art. 1231. Gli interessi moratorî non sono dovuti nei debiti derivanti da donazioni (fr. 22 de donat. 39, 5) e nei debiti contrattuali del fisco (fr. 17 § 5 de usuris 22, 1) e nelle pene pecuniarie a favore del fisco (c. 1 de fisc. usur. 10, 8).

[6] Const. un. Cod. (7, 47).

[7] È in questo senso che le fonti dicono che *obligatio per moram debitoris perpetua fit*; fr. 24 § 2 (22, 1), fr. 87 § 1 (31), fr 91 § 3, 4 (45, 1), fr. 58 § 1 (46, 1); Cod. civ. art. 1219 e 1298. Che se il ritardo stesso fosse derivato da una causa estranea non imputabile al debitore, questi non sarebbe tenuto ai danni (art. 1225). Vedi pag. 37, nota 3, e § 119, pag. 40.

[8] Fr. 3 § 3 (19, 1); fr 14 § 11 (4, 2); fr. 4 pr. (5, 3); fr. 15 § 3 (6, 1); fr. 12 § 4 (10, 4); fr. 14 § 1 (16, 3); fr. 47 § 6 (30); Cod. civ. art. 1298.

[9] In altri termini, il debitore moroso risponde tanto della perdita totale quanto della deteriorazione della cosa, semprechè non provi che l' esatto adempimento dell' obbligazione non avrebbe recato alcun vantaggio al creditore. Vedi, oltre i testi citati nella nota precedente, fr. 8 § 1 (13, 1); fr. 3 (13, 3); fr. 25 § 2 (24, 3); fr. 108 § 11 (30): Cod. civ. art. 1219.

Il debitore moroso è tenuto a risarcire soltanto i danni che sono una conseguenza della mora. Di qui viene che, se i danni si sarebbero verificati anche senza la mora del debitore, questi non ne è risponsabile. Non è però necessario che i danni sieno una conseguenza diretta ed immediata della mora, ma basta che fra il fatto della mora e l'altro da cui deriva immediato il danno esista un rapporto causale, tale cioè da doversi ritenere che senza la mora del debitore non sarebbe accaduto quanto fu poi causa diretta ed immediata del danno.[1] Dato sì fatto nesso causale, il debitore è tenuto ai danni occasionati dalla mora, sebbene non li abbia preveduti nè potuti prevedere;[2] egli però non risponde di quelli che il danneggiato avrebbe potuto evitare colle cure ordinarie.[3]

*Purgazione della mora.* — La mora del debitore cessa innanzi tutto coll'estinzione dell'obbligazione;[4] cessa inoltre quando il debitore offre al creditore l'esatto adempimento della sua obbligazione, compreso ciò che gli compete per la mora precedente,[5] e finalmente cessa per una dilazione a pagare che il creditore conceda al debitore.[6]

## § 119.

### Dell'inesecuzione delle obbligazioni derivante da caso fortuito.

Quando l'inadempimento dell'obbligazione non è imputabile a colpa,[7] ma proviene unicamente dal caso fortuito, il debitore non è risponsabile: *casus a nullo præstantur.*[8] Di qui se la pre-

---

[1] Per esempio: Io vendo a Tizio il mio cavallo arabo e mi obbligo a consegnarglielo entro il mese di gennaio. Tizio lo rivende a Sempronio colla clausola penale di pagare 100 scudi a titolo di pena se egli non ne farà la consegna entro il detto mese. Ora se il mio ritardo nella consegna fa sì che Tizio debba pagare la pena di 100 scudi, io sono risponsabile anche di questo danno, sebbene esso non derivi necessariamente e immediatamente dalla mia obbligazione, ma sì veramente dalla clausola penale stipulatasi fra Tizio e Sempronio, la quale poteva benissimo non stipularsi. — Delle conseguenze lontane e rimote che non si ponno ascrivere alla mora il debitore non è tenuto. È in questo senso che va inteso l'art. 1229 del Cod. civ.

[2] Il Cod. civ. (art. 1228) dispone che il debitore non sia tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto.

[3] Vedi Nani: La teoria dell'*id quod interest* sotto l'influenza della legislazione e delle dottrine canoniche — nell'Archivio giuridico XVI 207-287.

[4] Fr. 29 § 1 (45, 1); fr. 17 (13, 1); fr. 8 pr. (46, 2).

[5] Fr. 73 § 2, fr. 91 § 3 (45, 1); fr. 72 § 1 e 3 (46, 3); fr. 8 pr. (13, 1).

[6] Fr. 54, (2, 14). La mora del debitore può anche compensarsi con quella del creditore (Vedi § 123 — Vedi anche De Gioannis: Purgazione della mora in virtù di novazione — nell'Archivio giuridico XII, 138-190.

[7] V. § precedente e § 31.

[8] Fr. 23 e 185 (30, 17).

stazione promessa è divenuta impossibile, il debitore, che non sia in mora, nè in colpa, resta liberato.[1] Che se il debitore è in mora, egli deve, come s' è visto altrove, risarcire tutti i danni.[2] Lo stesso dicasi se i danni avvenuti per caso fortuito non si sarebbero verificati senza il dolo o la colpa precedente del debitore stesso, *casus dolo vel culpa determinatus.*[3] Le regole enunciate valgono quando manchino convenzioni speciali, o quando disposizioni precise di legge non vi si oppongano. Quindi è che se il debitore volontariamente assume la responsabilità del danno proveniente da caso fortuito, ne subisce le conseguenze.[4] — La prova del caso fortuito incombe naturalmente a chi lo allega per liberarsi dall' obbligazione.

## CAPO V.

### Della successione nelle obbligazioni.

### § 120.

#### Principî generali.

La natura dell' obbligazione non ne impedisce la trasmissione all' erede, il quale, succedendo *in universum ius defuncti*, subentra in tutti i diritti patrimoniali, tanto reali che personali, e quindi anche nei crediti e nei debiti del medesimo.[5] Non può dirsi altrettanto della successione singolare, dappoichè consistendo l' obbligazione in un vincolo giuridico fra due o più persone determinate, essa non può trasferirsi ad altra persona, senza che

---

[1] V. § 124, pag. 56. Così per esempio se la specie venduta perisce per caso fortuito prima della consegna, il venditore resta liberato, e il compratore deve egualmente pagare il prezzo. In altri termini, il rischio e pericolo è a carico del creditore (*periculum emtoris est*, fr. 8 pr. et comm. 18, 6): ma d' altro canto il creditore mentre soffre la perdita che la cosa subisce accidentalmente, gode dell' aumento del valore che in egual modo per caso fortuito essa riceve nell' intervallo fra il momento in cui fu contratta l' obbligazione e il momento dell' esecuzione della medesima: *cuius periculum est, et commodum eius esse debet* (fr. 10 de reg. iur. 50, 17).

[2] V. § 118 e § 38.

[3] Fr. 18 pr. (13, 7); fr. 11 § 1 (19, 2); fr. 36 § 1 (6, 1); fr. 1 § 4 (44, 7). La responsabilità del debitore moroso pel danno casuale che colpisce la cosa dopo che esso è in mora è una conseguenza di questo principio (Vedi § 118).

[4] Fr. 39 mandati 17, 1; fr. 9 § 2 locati 19, 2.

[5] Vedi § 23, pag. 84 e libro V. (*Diritto di eredità*).

sia distrutta la primitiva obbligazione e sostituita da una nuova, al che il consenso d'ambedue le parti sarebbe indispensabile. [1] Ma siccome i diritti di obbligazione, o crediti, fanno parte del nostro patrimonio ed hanno un certo valore di cambio, al pari dei diritti reali, sì che il creditore non potrebbe talvolta trarre profitto dal suo diritto se non commutandolo con altri vantaggi, così nacque il bisogno di cedere il valore di un'obbligazione anche senza il concorso del debitore. A tale scopo i Romani trovarono l'espediente che il creditore trasmettesse ad altra persona il diritto di esercizio, vale a dire la incaricasse di esigere il credito come suo mandatario. Tale trasmissione del diritto di esercizio dicesi cessione del credito, della quale trattiamo qui appresso.

## § 121.

### Della cessione dei crediti. [2]

*Nozione ed origine storica della cessione.* — L'idea della cessione delle azioni fu suggerita ai Romani dal bisogno pratico di rendere possibile la commerciabilità dei crediti senza il concorso del debitore. L'addentellato si trovò nella rappresentazione processuale: Introdotta cioè la procedura formulare, non era più necessario comparire in persona davanti il magistrato e il giudice, ma le parti potevano farsi rappresentare da un procuratore. La *intentio* della formula portava bensì il nome del creditore, ma la *condemnatio* era concepita in nome del procuratore. [3] Contestata la lite, il procuratore diventava *dominus litis*, ed a lui competeva l'*actio iudicati* per chiedere l'esecuzione della sentenza.

Codesto istituto della rappresentazione processuale fu adoperato quale mezzo di libero commercio dei crediti, e bastava all'uopo che il creditore costituisse suo procuratore colui al quale voleva cedere i suoi diritti, rinunciando ai rimedi che avrebbe avuto per legge contro un procuratore ordinario affine di paraliz-

---

[1] Gai. II, 38 e 39. Vedi più sotto § 125.

[2] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette* Vol. II. § 254-258.

[3] Gai. IV, 86: " Qui autem alieno nomine agat, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit: nam si verbi gratia *Lucius Titius* pro *Publio Maevio* agat, ita formula concipitur: *si paret Numerium Negidium* PUBLIO MAEVIO *sestertium decem milia dare opertere, iudex Numerium Negidium* LUCIO TITIO *sestertium decem milia condemna.* "

zarne il *dominum litis*. Così corse l'idea di un procuratore a proprio vantaggio, *procurator in rem suam*, che senza pregiudicare la libertà individuale del debitore, doveva conciliare mirabilmente il bisogno della libera commercialità dei crediti colla impossibilità, inerente alla natura stessa dell'obbligazione, di succedere a titolo singolare nel vincolo obbligatorio di un'altra persona. Da ciò appare come la cessione si riducesse ad un mandato, come il cessionario non fosse un successore, ma un semplice procuratore altrui a vantaggio proprio.

Nondimeno la cessione in questa forma aveva pur sempre un carattere di precarietà pel cessionario. La sua posizione non diventava propriamente sicura che colla contestazione della lite, poichè, come dicemmo, solo allora ei diventava *dominus litis*. Fino a quel momento il suo diritto poteva incorrere pericolo, o perchè il mandato spirasse o si estinguesse per la morte di una delle parti, o perchè il mandante esigesse egli stesso il credito, come ne aveva il diritto, ed escludesse così il cessionario. Per impedire quest'ultimo sconcio che il debitore pagasse al mandante, si accordò al cessionario il rimedio della denunciazione; [1] e perchè il mandato non si estinguesse per morte del cedente o del cessionario, si introdussero apposite azioni utili, in virtù delle quali si poteva agire contro il debitore cedente come se il mandato non fosse spirato. [2] Le *actiones utiles* vennero in seguito accordate anche per quei casi, nei quali il mandato non fosse stato peranco conferito, ma avesse il creditore obbligo di conferirlo; [3] e finalmente furono ammessi casi nei quali taluno ha l'*actio mandati utilis* in virtù di disposizione immediata di legge, senza che fra lui e il creditore esistesse un precedente contratto da obbligare quest'ultimo ad impartire il mandato. [4]

Da tutto ciò si rileva essere la cessione il diritto che taluno deriva da un atto giuridico o dalla legge di chiedere il pagamento

[1] Il cessionario aveva cioè il diritto di notificare al debitore l'avvenuta cessione, e da questo momento in poi il debitore non aveva più la facoltà di pagare nelle mani del cedente, ma doveva pagare nelle mani del cessionario (c. 1 Cod. VIII, 42; c. 4 Cod. VIII, 17).

[2] Morendo il mandante (cedente), il procuratore (cessionario) agirà coll'*actio utilis*, come se il mandato non fosse estinto; e morendo il cessionario, l'*actio utilis* spetterà ai suoi eredi (c. 1 Cod. IV, 10; c. 33 Cod. VIII, 54).

[3] Fr. 16 pr. (2, 14); c. 2 Cod. (4, 10).

[4] In questi casi è la legge stessa che produce la cessione dell'azione, di qui il nome di *cessio legis*.

di un credito altrui in vantaggio proprio. Chi ha questo diritto chiamasi *cessionario*, il creditore primitivo chiamasi *cedente*, e il debitore che è obbligato di pagare al cessionario chiamasi *debitore ceduto*.

Di fronte al debitore ceduto il cessionario non è un successore del cedente che faccia valere un credito proprio; ma è un mandatario che esige un credito altrui; e d'altronde ritenendo esso per sè quello che esige, così non è un procuratore ordinario, ma un *procurator in rem propriam*.

*Quali crediti si possano cedere.* — Per regola generale possono cedersi tutti i crediti: tanto quelli derivanti da contratto come quelli derivanti da delitto: le obbligazioni naturali non meno delle civili; le obbligazioni presenti e quelle future; le obbligazioni pure e semplici come quelle soggette a condizione o a termine; le determinate e le indeterminate. [1] Nondimeno questa regola patisce alcune eccezioni. Così s'intende da sè che non possano essere cedute le obbligazioni che non formano parte del nostro patrimonio, [2] nè quelle che sono inseparabili dalla persona. [3] Altre limitazioni hanno un carattere speciale e positivo e furono introdotte segnatamente ad impedire che per via di cessioni si potesse peggiorare la condizione del debitore. Così è vietata la cessione *ad potentiorum*, cioè a persona la quale pel suo potere, per la sua posizione sociale, potrebbe riuscire più infesta al debitore ceduto. [4] Per simile ragione, di regola è vietata la cessione di azioni litigiose. [5] Finalmente è proibito ai tutori e ai curatori di accettare la cessione di azioni esperibili contro le persone sottoposte al loro potere. [6]

*Effetti della cessione.* — Nei rapporti fra cedente e cessionario la cessione fa che il cessionario acquisti il diritto di esercitare la ragione di credito sì e come avrebbe potuto esercitarla il cedente

[1] Questa cedibilità generale dei crediti non deve far meraviglia per poco che si pensi non essere la cessione che una procura in confronto del debitore ceduto.

[2] Sotto questo aspetto non sono cedibili nè le azioni popolari, nè quelle spiranti vendetta, perchè prima della contestazione della lite non sono *in bonis nostris* (fr. 7 § 1 Dig. 47, 23; fr. 12 pr. de V. S.; fr. 28 de iniuriis), e dopo la contestazione della lite sono litigiose.

[3] Per esempio quelle che nascono da un legato di alimenti (fr. 10 Dig. VII, 8; fr. 8, II, 15).

[4] Const. 2 Cod. II, 14.

[5] C. 2-4; Cod. VIII, 37.

[6] Nov. 72 cap. 5.

stesso. Da parte sua il cedente è tenuto a far tutto ciò che sta in suo potere a che il cessionario possa utilmente esercitare il diritto cedutogli, e nel caso di cessione a titolo oneroso deve inoltre garantirgli la esistenza del credito. [1] Come è naturale, il cedente deve render conto al cessionario di tutto ciò che egli avesse ricevuto dal debitore ceduto a titolo di pagamento o di compensazione. [2]

Nei rapporti fra cessionario e debitore ceduto vale la regola che la cessione non stabilisce fra loro nessun rapporto diretto, e la si considera come non avvenuta sino a che non sia stata notificata al debitore medesimo. Per conseguenza prima della denunzia il cedente ha diritto di esigere, e il debitore può fargli il pagamento; [3] ma dopo nascono nuovi rapporti fra il cessionario e il debitore, in forza dei quali il cedente rimane spogliato della sua ragione di credito e non può trasmetterla più oltre, e il debitore che pagasse a lui non conseguirebbe più la liberazione. [4]

S'intende da sè, che, essendo il cessionario un semplice procuratore altrui per vantaggio proprio, la cessione non può trasferire in lui se non quei diritti che spettavano al cedente. Di qui deriva che il debitore ceduto ha la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente, semprechè i fatti sui quali si fondano sieno avvenuti prima della notifica della cessione. [5] Per converso tutti i beneficî di legge che avrebbe avuto il cedente spettano anche al cessionario, ma egli non può prevalersi dei beneficî legali inerenti alla sua

---

[1] Fr. 5 (18, 4); Cod. civ. art. 1542. Il cedente non è obbligato a garantire anche la solvenza del debitore, salvochè non ne abbia assunto l'obbligo, o non fosse in dolo: fr. 4 e 5 (18, 4): fr. 30 (20, 1). Cod. civ. art. 1543.

[2] Fr. 23 § 1 (18, 4).

[3] C. 4 (8, 17); c. 3 (4, 35); c. 3 (8, 42); Cod. civ. art. 1539-40.

[4] C. 4 Cod. (8, 17); c. 3 Cod. (8, 42). Purchè la denunzia sia fatta dal cedente, nessuna forma determinata è stabilita. Non basterebbe però che il debitore avesse avuto in altro modo notizia dell'avvenuta cessione, p. e. da un terzo. Si disputa se la notificazione fatta al debitore dal *cedente* abbia eguale effetto che la denunzia fattagli dal *cessionario*. Alcuni autori, come Windscheid (*Pand.* § 331, nota 9) e Knorr (*Archivio per la pratica civile*, vol. 52 p. 314) stanno per la negativa, in appoggio specialmente della c. 3 Cod. (8, 17); altri invece, come Arndts (*Pand.* § 256, nota 1), Mühlenbruch (*Cessione*, pag. 492) e Schupfer (*Oblig.* pag. 75) stanno per l'affermativa: e questa opinione, la quale trova un argomento d'appoggio nel fr. 17 de trans. (2, 15) e nel fr. 28 de procurat. (3, 3), è appunto quella che prevale nelle moderne legislazioni (Cod. Austr. 1395-6; Cod. Prussiano I, 11 § 414-419; Cod. civ. ital. art. 1540).

[5] Fr. 17 (2, 15): fr. 70 § 2 (36, 1): fr. 175 § 1 e fr. 177 (50, 17).

persona ed alterare così in suo favore il contenuto e la estensione della obbligazione. [1]

*Limitazioni degli effetti della cessione.* — Sotto gli imperatori il traffico delle obbligazioni s'era fatto un mestiere assai lucroso e di leggieri se ne poteva ingenerare abuso. Per impedire che uomini avidi di guadagni speculassero sulla compera dei crediti, ottenendoli a vil prezzo, e per proteggere i debitori dalle vessazioni dei redentori di liti, l'imperatore Anastasio, ordinò, che, quando venisse comprato un credito, il cessionario non potesse esigere dal debitore ceduto una somma maggiore di quella che egli aveva dato al cedente. [2] In forza di tale disposizione, il debitore convenuto dal compratore di un credito pel pagamento di una somma maggiore di quella sborsata al cedente poteva difendersi coll'eccezione della Legge Anastasiana, e ridurre così la domanda del cessionario al prezzo effettivamente pagato. [3]

---

[1] Arndts, *Pandette* § 256. Nota 9.

[2] C. 2 Cod. IV, 35.

[3] La legge Anastasiana non si applica che al caso di *vendita* di crediti. Tuttavia se per eludere la legge si dà al contratto un altro nome, inquantochè p. e. lo si nasconde in tutto o in parte sotto una vendita simulata, la legge Anastasiana trova nondimeno la sua piena applicazione (c 23, IV, 35). Si disputa fra gli Autori se incomba al cessionario di provare se e di quanto sia minore la somma pagata dal cessionario. L'opinione dominante è che incomba al cessionario di provare che ha veramente pagato la somma che esige. Così opinano quasi tutti i Pandettisti di Germania, e segnatamente *Arndts, Puchta, Schmidt, Seuffert, Sintenis* e *Vangerow*, ai quali aderisce pure *Schupfer:* " Se il cessionario, come dice Anastasio, non ha un'azione se non per quello ch' egli medesimo ha pagato, la sua domanda contiene implicitamente l' asserzione di avere dato appunto al cedente quella medesima somma che ora esige dal debitore ceduto: basta adunque che questi neghi per costringerlo a produrre la prova. „ — Il celebre *Windscheid* invece addossa la prova al debitore ceduto (§ 333, nota 7). La cessione, dice egli, autorizza il cessionario ad esigere l'intero credito ed il decreto di Anastasio non fa che porre un ostacolo agli effetti giuridici ordinarî della medesima. Il cessionario fonda la sua azione non già sulla legge Anastasiana, ma sul fatto della cessione avvenuta. È adunque il debitore quello che si oppone agli effetti ordinarî di questa, ed eccepisce che il cessionario ha comprato per meno il suo credito: tocca quindi a lui provare la sua eccezione. L' opinione di Windscheid, oltre che risponde alle regole processuali, trova anche un fondamento di analogia nel fr. 17 de prob. (22, 3): ad ogni modo però non può negarsi che l' opinione dominante si confarebbe meglio allo *scopo* che s' era prefisso la legge.

Il Cod. civ. italiano limita l' applicazione della legge Anastasiana al caso di cessione di diritto *litigioso* (Art. 1546, 1547, e 1548).

## CAPO VI.

### DELL' ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

### § 122.

**Sguardo generale.**

Le obbligazioni si possono estinguere direttamente *(ipso iure)* od indirettamente *(ope exceptionis)*. Si estinguono direttamente quando cessano in un coll' avverarsi della causa estintiva: un credito pecuniario, ad esempio, cessa immediatamente col fatto del pagamento. In quella vece le obbligazioni si estinguono indirettamente, quando, anzichè per via d' un semplice avvenimento, cessano perchè spetti al debitore il diritto di difendersi mediante eccezione contro l' azione del creditore. Così, p. e., se il creditore lascia trascorrere 30 anni senza far valere il suo credito e poi agisce, il debitore può respingere la sua azione colla *praescriptio temporis.*

Le principali cause che estinguono direttamente *(ipso iure)* la obbligazione sono: il pagamento *(solutio)*, la novazione, la confusione, l' impossibilità della prestazione, l'accettilazione, il consenso contrario, il concorso di due cause lucrative, la rinuncia, il deposito e l' abbandono della cosa. — Quelle che estinguono l' obbligazione indirettamente *(ope exceptionis)* sono: la compensazione, il patto di non chiedere, la prescrizione estintiva dell'azione.

Siffatta distinzione avea importanza grandissima nel periodo della procedura formulare, imperciocchè quei fatti che davano luogo alle eccezioni dovevano essere inseriti come tali nella formula perchè il giudice potesse assolvere il debitore; laddove codesta inserzione non era necessaria per quei fatti che estinguevano l' obbligazione *ipso iure.* [1] — Nel diritto nuovissimo la differenza fra le due sorta di cause che fanno cessare l' obbligazione s' è ridotta a ciò: quelle che la estinguono *ipso iure* operano contro chiunque vi abbia interesse; quelle invece che hanno efficacia *ope exceptionis* non possono essere opposte da tutte ed a tutte le

---

[1] Gai IV, 115, 119

persone interessate. Così il patto *de non petendo in personam* non può essere opposto nè dagli eredi del debitore, nè dai fideiussori, nè dai debitori correali.

Premesse queste nozioni generali passiamo ai singoli modi di estinzione.

## § 123.

### Del pagamento.[1]

*Nozioni e requisiti.* — Il pagamento (solutio) è l'estinzione di una obbligazione mediante la prestazione esatta di quanto è dovuto, fatta nel modo debito. Il pagamento per essere valido ed efficace suppone le seguenti condizioni:

1° Che sia fatto o al creditore capace di riceverlo;[2] o ai suoi legittimi rappresentanti;[3] o al *solutionis causa adiectus*, cioè a colui che al momento in cui fu contratta l'obbligazione fu indicato al debitore come abile a ricevere il pagamento.[4]

2° Che sia fatto da una persona che abbia la capacità di eseguirne la prestazione, oggetto del pagamento. Data questa capacità, il pagamento può farsi validamente anche da un terzo, sia col consenso, sia ad insaputa del debitore, e perfino contro la sua volontà.[5]

---

[1] Vedi Arndts-Serafini, trattato delle *Pandette* § 261-263.

[2] Se il creditore fosse incapace di ricevere il pagamento, questo dovrebbe farsi al suo rappresentante.

[3] I rappresentanti sono *legali* (p. e. i tutori, i curatori, gli amministratori), o *convenzionali* (p. e. il mandatario). Il pagamento fatto al mandatario è valido se questi sia procuratore generale od abbia un mandato speciale che lo abiliti a ricevere il pagamento (fr. 12 pr. § 4; fr. 86 pr. XLVI 3).

[4] Fr. 12 § 1 e 3; fr. 106. (46, 3); fr. 22 pr. (12, 6). In alcuni casi il pagamento può estinguere indirettamente l'obbligazione, sebbene siasi fatto a chi non era nè creditore, nè legittimo rappresentante. Ciò avviene: quando chi ricevette il pagamento diventi in appresso creditore egli stesso (fr. 93 § 4 *h. t.*): quando egli restituisca al creditore la cosa ricevuta in pagamento (fr. 28 *h. t.* 1); quando egli diventi erede del creditore (fr. 11 § 5 XIII, 7); infine, in un caso speciale, quando il subconduttore, invece di fare il pagamento al sublocatore, lo faccia al locatore (fr. 11 § 5 XIII. 7).

[5] Fr. 23 e 40 (46, 3): fr. 39 (3, 5) Cod. civ. art. 1238. Chi ha pagato col consenso del debitore ha l'*actio mandati*; chi ha pagato all'insaputa del medesimo ha l'*actio negotiorum gestorum contraria*. La regola che il pagamento estingue l'obbligazione, sebbene sia fatto da persona diversa del debitore, soffre un'eccezione, quando dalla natura stessa della prestazione o da altre cause emerga che deve esser eseguito personalmente, come ad esempio nel caso che l'adempimento dell'obbligazione richiegga un'abilitá speciale, fr. 31 Dig. 46, 3; Cod. civ. art. 1239.

3° Che si paghi precisamente ciò che forma oggetto dell'obbligazione e lo si paghi tutto in una volta, dappoichè il creditore non può essere costretto ad accettare una prestazione diversa da quella che gli è dovuta, nè un pagamento incompleto e parziale; [1]

4° Che sia fatto nel luogo e nel tempo debito. [2]

*Effetti del pagamento.* — Il pagamento fatto debitamente estingue di pien diritto la obbligazione con tutti i suoi accessorî, in ispecie le ipoteche e le fideiussioni inerenti al debito. [3] Che se il debitore ha più debiti verso uno stesso creditore, e la somma pagata non è sufficiente a soddisfarli tutti, in tal caso sono da applicarsi le regole seguenti:

1° Il pagamento si imputa nel debito dichiarato dal debitore, semprechè questa dichiarazione venga fatta nell' atto del pagamento; [4]

2° Se il debitore paga senza quella dichiarazione, il diritto di elezione passa al creditore, purchè lo eserciti allorchè riceve il pagamento; [5]

3° Mancando ogni dichiarazione, si deve guardare alla natura del debito. O il dubbio verte tra il capitale e gli interessi arretrati, e questi s' intendono pagati prima del capitale; [6] o verte fra più debiti di capitale, e s' intende che il pagamento si riferisca a debiti liquidi e scaduti. [7] Fra questi ultimi s' intendono pagati prima quelli intorno ai quali siasi già convenuto che debbano essere soddisfatti in precedenza degli altri; [8] vengono poi i debiti più onerosi, [9] e fra i debiti egualmente onerosi i più antichi, [10] e da ultimo se sono contemporanei, s' intende che il debitore abbia pagato una quota proporzionale di ciascuno. [11] — Le regole ora esposte valgono pei pagamenti fatti dal debitore. Dato

[1] V. più sopra § 115 pag. 33.

[2] V. più sopra §§ 115, 116 e 117.

[3] Pr. Inst. (3, 29); fr. 43 Dig. (46, 3).

[4] Fr. 1 e 101 § 1 (49, 3); c. 1 Cod. (8, 13); Cod. civ. art. 1255.

[5] Fr. 1, 2 e 3 (46, 3). Il creditore però non può giovarsi del diritto di elezione per estinguere un debito ancora controverso, o non ancora scaduto, o un semplice debito di fideiussione (fr. 1 l. c.).

[6] Fr. 5 § 2 e 3; fr. 6 e 48 (46, 3); Cod. civ. art. 1256.

[7] Fr. 1 e 3 § 1, fr. 103 (46, 3).

[8] Fr. 89, § 2 (46, 3).

[9] Fr. 5: fr. (46, 3).

[10] Fr. 5 pr., fr. 24, 97 e 102 § 2 (46, 3); Cod. civ. art. 1258.

[11] Fr. 8 (46, 3).

però che il creditore si paghi da sè, colla vendita del pegno ad esempio, può imputare il pagamento a quel debito che vuole. [1]

*Prova del pagamento.* — Il fatto del pagamento deve essere provato da chi asserisce di averlo eseguito. Per procurarsi un mezzo di prova, il debitore può rifiutare il pagamento se non gli viene rilasciata una ricevuta (*apocha*), [2] ma questa non fa di regola piena prova che dopo trenta giorni. [3] Nel pagamento dei pubblici tributi il provare mediante le ricevute d'averlo fatto per tre anni consecutivi fa presumere siensi pagate anche le imposte precedenti. [4] Il pagamento si presume ancora quando il chirografo di debito è stato restituito al debitore, e quando è stato cancellato o stracciato. [5]

*Della mora del creditore.* [6] — Il creditore è in mora quando per un fatto colposo (positivo o negativo) rende impossibile l'esecuzione attuale dell'obbligazione, ricusando, per esempio, il pagamento validamente offertogli nel luogo e nel tempo opportuno, o ricusando di concorrere agli atti indispensabili, come sarebbero la misurazione o la pesatura degli oggetti da consegnarsi, la liquidazione di un credito illiquido. [7] La mora del creditore, oltrechè mettere a suo rischio e pericolo l'oggetto dell'obbligazione, [8] fa sì che il debitore non risponda più che del dolo e della colpa, [9] e fa inoltre che il creditore debba risarcire il debitore d'ogni danno gli avesse recato col rifiuto indebito di ricevere la prestazione. [10]

*Del deposito.* — Se il credito ha per oggetto una somma di danaro od altra cosa mobile, e il creditore rifiuta indebitamente di accettare l'offerta reale della cosa, il debitore può liberarsi dal debito

---

[1] Così p. e. il creditore può considerare come estinto un debito naturale prima degli altri (fr. 101 § 1 l. c.). Gli stessi principî valgono pel Cod. civ. art. 1259 e seg.

[2] Fr. 22 (22, 1); fr. 19 § 1 (46, 4); c. 18 (IV, 20); c. 19; (IV, 21).

[3] C. 14 § 2 (4, 30); c. 4 (10, 22). Da questa regola sono eccettuate le ricevute rilasciate da un amministratore di una cassa pubblica (c. 4 Cod. 10, 22) e le ricevute pubbliche che attestano essersi eseguito il pagamento innanzi l'autorità, o che dichiarano essersi fatto il pagamento anteriormente in un'epoca determinata. (Vedi ARNDTS, *Pand.* § 262, *Nota* 2).

[4] C. 3 (10, 22).

[5] C. 14 15 (8, 43); c. 24 (22, 3).

[6] Per la mora del *debitore*, v. § 117.

[7] Fr. 39 (46, 3); fr. 5 (18, 6); fr. 4 § 1 (18, 4); c. net. C. (5, 56).

[8] Fr. 72 pr. (46, 3): fr. 8 pr. (13, 1); fr. 8 § 4 (19, 1).

[9] Fr. 5 e 17 (18, 6); fr. 9 (24, 3).

[10] Fr. 3 § 4 e 38 9 1 (16, 1); fr. 8 (36, 6).

consegnando la somma o la cosa in un pubblico deposito o nel luogo designato dal giudice. [1]

## § 124.

### Della compensazione. [2]

La compensazione è il pareggio del mutuo credito e debito che esiste fra le stesse persone, o l'imputazione reciproca di ciò che una parte deve all'altra. [3] Questa compensazione può sempre farsi, se le parti sono d'accordo; ma può avvenire anche contro la volontà del creditore, imperciocchè il debitore citato pel pagamento (e creditore ad un tempo) può imputare nel credito avversario il proprio, perfino nel caso che i respettivi crediti derivino da cause diverse. [4] Perchè il debitore possa valersi della compensazione, si richiede:

1° Che i due crediti esistano fra le stesse persone, ovverosia che ciascuna sia nello stesso tempo debitrice e creditrice dell'altra; [5]

2° Che i due crediti sieno validi; [6]

3° Che abbiano per oggetto cose fungibili della medesima specie: [7] non è però necessario che i due crediti ammontino alla medesima somma, potendo benissimo una quantità minore compensarne una maggiore fino alla debita concorrenza; [8]

4° Che i due crediti sieno scaduti. [9] Non è poi necessario che il credito che si oppone in compensazione sia pienamente

---

[1] Fr. 1 § 3: fr. 7 (22, 1); fr. 28 § 1 (26, 7); c. 2, 6, 19 Cod. (4, 32); Cod. civ.

[2] Vedi Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* § 264-266, Vedi inoltre Sarcerdoti: Compensazione delle obbligazioni specialmente in materia mercantile, nell'Archivio Giuridico XVI, 383-423.

[3] Fr. 1 (16, 2). " Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. „ (Vedi Cod. civ. art. 1285).

[4] § 30 Inst. (4, 6); fr. 10 § 2 e 3 (16, 2). Nel diritto antico la compensazione non era ammessa che quando i crediti derivavano *ex eadem causa* (Gai, IV 61 e 63).

[5] Fr. 18 § 1; fr. 23 (16, 2). Così p. e. il debitore verso una cassa pubblica non può compensare il suo debito con un credito che avesse verso un'altra cassa (c. 1 Cod. 4, 31). Questo principio però soffre alcune eccezioni. L'erede può opporre ai creditori dell'eredità tanto i crediti ereditarî quanto i propri; il debitore ceduto può opporre al cessionario i crediti che ha verso il cedente: il fidejussore può opporre in compensazione i crediti del debitore principale.

[6] Fr. 14 (16, 2). Non è però necessario che sieno debiti civili, potendosi opporre in compensazione anche un credito naturale (fr. 6 l. c.).

[7] Non si potrebbe quindi compensare grano con vino o con danaro, o viceversa (§ 39 Inst. 4, 6; c. 4 e 6 Cod. IX, 31; Cod. civ. art. 1287).

[8] § 39 Inst. (4, 6); c. 5 Cod. (4, 31).

[9] Fr. 7 pr. (16, 2). " Quod in diem debetur, non compensabitur, ante quam dies venit, quamquam dari oporteat. „ Vedi anche fr. 16 § 1 l. c. A maggiore ragione non si può opporre in compensazione un credito soggetto a condizione.

provato da bel principio; ma se la prova del medesimo è sì avviluppata da richiedere lunghi atti di procedura, il giudice pronuncia sulla domanda principale e riserva al debitore il diritto di far valere in altro giudizio il credito opposto in compensazione [1]

Ove concorrano le sueposte condizioni, il debitore convenuto pel pagamento del debito ha facoltà di servirsi dell'eccezione di compensazione. In virtù di essa i due debiti si reputano estinti sino a concorrenza del respettivo ammontare dal momento in cui cominciarono a coesistere, cosicchè da questo cessa la decorrenza degli interessi e rimangono estinte anche le obbligazioni accessorie. Ed è appunto in relazione a questo effetto retroattivo che voglionsi intendere le fonti quando dicono che la compensazione si fa di diritto. [2]

La compensazione non ha luogo contro le domande di restituzione di un deposito [3] e contro le domande di restituzione di una cosa posseduta illegalmente per delitto, segnatamente per furto e violenza; [4] essa è pure esclusa riguardo a certi crediti del fisco e dei municipî.

## § 125.

### Della novazione. [5]

La novazione è l'estinzione di un' obbligazione mediante la sostituzione di un'altra [6] — Essa richiede che la nuova obbligazione sia creata coll'intenzione di sostituirla alla precedente (*animus novandi*). [7]

---

[1] In questo senso devesi intendere la c. 14 § 1 (4, 31) comb. col § 30 Inst. (4, 6) e non già nel senso che il credito opposto in compensazione sia incontestato.

[2] " *Ipso iure compensatio fit:* „ " *ipso iure compensatur;* „ " *ipso iure eo minus debet, quod ex compensatione retinere potest* „ (fr. 4; fr. 10 p. e. fr. 21 *h. t.* 16, 2; c. 4 e 14 pr. Cod. 4, 31; § 30 Inst. 4, 6). Non è già che la compensazione *operi* di pien diritto, dappoichè se il debitore non la invoca, il giudice non ne può tenere conto; ma essa si verifica di pien diritto, di guisa che il debitore che oppone l'eccezione di compensazione non fa che valersi di un diritto già acquisito. (Vedi anche il Cod. civ. art. 1286).

[3] C. 11 Cod. (4, 34); c. 14 § 1 (4, 31); § 30 Inst. (4, 6).

[4] C. 14 § 2 Cod. (4, 31).

[5] Vedi Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* § 268.

[6] Fr. 1 pr. (46, 2).

[7] La novazione non si presume, ma deve essere provata da chi pretende che l'antica obbligazione è estinta: ma purchè l'intenzione di effettuare la novazione risulti chiaramente dall'atto, non è necessario che sia manifestata in modo espresso e con solennità di forme: Fr. 17 (46, 2); c. 8 Cod. (8, 42); Cod. civ. art. 1269.

La novazione, che in diritto romano esigeva la forma solenne della stipulazione, si fa nel diritto moderno mediante semplice contratto da quelle persone fra le quali deve sussistere la nuova obbligazione. Questa può crearsi fra le medesime persone che sono già obbligate, di guisa che il cangiamento non risguardi che l' oggetto o la causa; od anche mediante cangiamento delle persone, sia che all' antico venga sostituito un nuovo debitore, sia che invece si sostituisca un nuovo creditore. Quando al primo creditore un altro si sostituisce, è necessario che quello vi acconsenta, mentre la sostituzione di un nuovo debitore all' antico può avvenire anche all' insaputa di quest' ultimo. [1]

Talvolta avviene che il debitore assegni al creditore un altro debitore, il quale si obbliga verso il creditore: quest'atto, che si conosce sotto il nome di delegazione, produce novazione quando il creditore dichiari la sua volontà di liberare il primo debitore. [2]

La novazione validamente conclusa estingue l'obbligazione di pien diritto con tutti gli accessorî. [3]

## § 126.

### Dell' accettilazione e del patto di non chiedere.

*Acceptilatio.* — L' accettilazione era un atto giuridico solenne mediante cui il debitore domandava al creditore se aveva ricevuto quanto gli aveva promesso, e il creditore rispondeva di tenersi per pagato: « *Quod ego promisi habesne acceptum?* » « *Habeo.* [4] » In origine l' accettilazione non era applicabile che alle

[1] Ciò avviene appunto quando un terzo si obbliga verso il creditore di pagare un debito altrui colla intenzione di liberare il debitore (*expromissio*): Fr. 3 § 5 (46, 3); Cod. civ. art. 1270.

[2] C. 1. 3 Cod. (8, 42) comb. con fr. 11 § 1 e fr. 17 (46, 2); Cod. civ. art. 1271. Lo stesso avviene nel caso che il creditore deleghi al debitore un altro creditore: anche qui può verificarsi una novazione, semprechè, s' intende, l' originario creditore liberi da parte sua il debitore.

[3] Fr. 8, 15, 18 e 27 (46, 2). La novazione produce i suoi effetti anche pei condebitori e concreditori correali, semprechè, s' intende, non risulti un' intenzione diversa Fr. 31 § 1 (46, 2).

[4] Gai. III, 169; fr. 1 (46, 4). In origine l' accettilazione era una attestazione verbale di un pagamento effettivo, ma in seguito si adoperò come mezzo di estinguere un debito senza effettivo pagamento, onde fu detta *imaginaria solutio* (Gai. III, 169: fr. 19 § 1 Dig. 46, 4). Per tal modo l' accettilazione divenne un mezzo artificiale di rimettere i debiti in modo solenne.

*obligationes verbis contractæ*, ma codesta restrizione era più immaginaria che reale, perchè ogni obbligazione poteva mediante novazione venir tramutata in obbligazione verbale. Anzi appunto a tal uopo il giureconsulto Aquilio Gallo immaginò una formola generale, conosciuta sotto il nome di *stipulatio aquiliana*, per cambiare in obbligazione verbale tutti i rapporti obbligatorî esistenti fra due parti ed applicarsi quindi l'accettilazione generale. [1]

L'accettilazione operava *solutionis loco*; era cioè efficace quanto il pagamento, per cui estingueva il debito di pien diritto con tutti gli accessorî. [2]

*Pactum de non petendo.* — È quel patto per cui il creditore promette al debitore di non esigere il pagamento del debito. Il patto di non chiedere, a differenza dell'accettilazione, non estingue di pien diritto l'obbligazione, ma solo per via di eccezione. [3]

Il patto di non chiedere ha un'efficacia più o meno estesa, secondochè è fatto soltanto per riguardo alla persona del creditore o del debitore *(pactam de non petendi in personam)*, [4] nel qual caso può essere opposto solamente alla persona o dalla persona in considerazione della quale fu conchiuso; [5] od è fatto in termini generali, senza quella limitazione *(in rem)*, nel qual caso il patto può essere opposto anche agli eredi del creditore e dagli eredi del debitore, e secondo le circostanze anche dai debitori correali. [6]

---

[1] Gai. III, 170; § 2 Inst. III, 29.

[2] Fr. 5 e 16 pr. (46, 4). Liberava quindi il fidejussore se fatta col debitore principale, e liberava il debitore principale se fatta col fidejussore. Così pure se il creditore rimetteva per accettilazione il debito ad uno dei debitori correali, la remissione profittava a tutti; e se uno dei creditori correali rimetteva il debito, questo era estinto anche di fronte agli altri concreditori (fr. 13 § 7 pr. 16 pr. Dig. 46, 4).

[3] § 3 Inst. 4, 13; fr. 27 § 2 (2, 14).

[4] " *Ne ego petam;* " " *A te solo non petam;* " " *ab heredibus petam.* "

[5] Quando il patto di non chiedere è *in personam*, esso non ha effetto in confronto degli eredi e dei fidejussori. E difatti quando il creditore ha contratto solamente per la sua persona, e non anche pei suoi successori, il debitore non può opporre *l'exceptio pacti de non petendo* agli eredi (fr. 51 § 1 de pactis); e quando il creditore ha promesso soltanto di non esigere il pagamento dal debitore, senza rinunziare per nessun altro riguardo ai suoi diritti, gli altri condebitori correali, gli eredi ed i fidejussori del debitore non potevano prevalersi del patto conchiuso esclusivamente in favore di quel determinato individuo (fr. 7 § 8, fr. 17 § 3, fr. 22, fr. 25 § 1 e fr. 57 § 1 de pactis 2, 14).

[6] Se adunque il creditore si obbliga senz'altro di non esigere il pagamento (*ne petatur*) senza limitarsi alla persona di colui col quale conchiude questa convenzione, l'*exceptio pacti de non petendo* compete anche agli aventi causa del debitore, ai fidejussori, ai correi soci (§ 4 Inst. 4, 14; fr. 23, 26 pr. e 27 pr. e § 2 de pactis II, 14).

## § 124.

### Altri casi meno importanti di estinzione.

Oltre le cause di estinzione esposte nei paragrafi precedenti, meritano essere ricordate anche le seguenti:

1° *La confusione* cioè la riunione nella medesima persona della qualità di creditore e di debitore; [1]

2° *La impossibilità della prestazione.* Se la cosa, obietto dell' obbligazione, perisce per un caso fortuito, e quella cosa era un corpo certo individualmente determinato, cioè una *species*, e non un genere, il debitore è liberato dalla sua obbligazione, quando egli non fosse stato in mora o non fosse tenuto altrimenti alla prestazione del caso fortuito. Lo stesso dicasi se il debitore è nell' impossibilità assoluta, ed a lui non imputabile, di eseguire la prestazione; [2]

3° *Concorso di due cause lucrative.* Quando una persona ha diritto di esigere qualche cosa a titolo gratuito, il suo credito si estingue, se acquista la stessa cosa in forza di altro titolo lucrativo; [3]

4° *Consenso contrario.* Le obbligazioni che si contraggono col nudo consenso, nella stessa maniera, consentendo cioè in contrario ambedue le parti, si risolvono, o, come suol dirsi, col mutuo dissenso; ma affinchè questo avvenga è necessario che l'obbligazione non abbia avuto esecuzione nè da una parte nè dall' altra (*re integra*); [4]

5° *La esistenza di un termine finale o di una condizione risolutiva.* Quando un' obbligazione è stata contratta sotto condizione risolutiva, e questa si verifica, l' obbligazione si reputa come non contratta; [5] e quando la durata dell' obbligazione è stata limitata ad un dato termine, e questo scade, il debitore

---

[1] Ciò avviene specialmente nel caso che il creditore divenga erede del debitore, o viceversa (V. ARNDTS *Pand.* § 273); fr. 75, p. 95 § 7 e fr. 107 (46, 3); Cod. civ. art. 1296-97.

[2] Vedi sopra. § 119 e Cod. civ. art. 1298.

[3] § 6. Inst. (2, 20); fr. 17 (43, 7); Cod. civ. art. 843.

[4] § ult. Inst. (3, 29); Fr. 7. § 6 e fr. 58 (2, 14); fr. 2 e 3 (18, 5). Se l'obbligazione fosse già stata eseguita, se le parti vogliono ritornare allo stato primitivo, sarebbe necessario fare una nuova convenzione in senso contrario c. 1 e 2 (4, 45).

[5] Vedi più sopra § 45 (Parte I, pag. 131).

può respingere l'azione del creditore con una valida eccezione (*exceptio doli* o *exceptio pacti*);

6° Le obbligazioni si possono estinguere anche per la prescrizione estintiva dell'azione,[1] per morte di una delle parti,[2] per transazione e per compromesso.[3]

---

[1] V. § 45 (Parte I, pag. 131).
[2] Per es. il mandato, e la società.
[3] V. più sotto § 143.

# PARTE SPECIALE

## CAPO VII.

### CONTRATTI VERBALI.

### § 128.

**Dei contratti verbali in generale e del nexum in particolare.**

I contratti verbali, che si riscontrano nella storia del diritto romano, sono due: il *nexum* e la *stipulatio*. Il primo però cadde in dissuetudine fino dal quinto secolo di Roma, tantochè esso è istituto antico ed ignoto al diritto giustinianeo; il secondo invece rimase anche in questo la forma più ordinaria colla quale si conchiudeva un gran numero di rapporti obbligatori.

*Nexum* (da *nectere* = *legare*) significava propriamente ciò che viene ed è stato legato ossia l'atto di stringere una obbligazione (*ob-ligatio*).[1] Nei tempi storici di Roma esso stava però a rappresentare uno speciale contratto obbligatorio, vale a dire un mutuo simbolico, del quale si rivestiva qualunque obbligazione, e che produceva effetti giuridici rigorosamente determinati.

La forma colla quale si contraeva il *nexum* era quella medesima della *mancipatio*;[2] vale a dire si aveva una pesatura simbolica del denaro sulla bilancia tenuta dal libripende alla presenza di cinque cittadini romani, e quindi la *nuncupatio* o le convenzioni verbali che contenevano le ulteriori disposizioni accessorie p. e. sul tempo e luogo del pagamento, sulla misura degli interessi ed altre simili.[3]

---

[1] Fest. v. *Nectere*. La parola però si estendeva così al denaro prestato colla forma del nexum (*nexum æs* = *pecunia quæ per nexum obligatur)*, come alla persona che si obbligava in quel modo (*nexus* = *nexu obligatus*).

[2] Vedi più sopra § 61, Parte I. p. 158-159.

[3] Q. Mucio Scevola definisce il *nexum* (Varro l. l. VII. 105): *quæ per æs et libram fiant ut obligentur præterquam mancipio detur* (cioè *nexum* è un modo di costituire una obbligazione, ma non una trasmissione di proprietà, sebbene anche questa si com-

Il mutuo o l' obbligazione pecuniaria contratta in tal guisa aveva questo di particolare di fronte alla semplice obbligazione del mutuo,[1] che dopo il termine pattuito dava senz' altro al creditore il diritto di trarre il debitore insolvente in ceppi nella propria casa, come se gli fosse stato aggiudicato dal magistrato in conseguenza di un processo ordinario di esecuzione.[2] Il *nexum* poteva dunque considerarsi come un surrogato della sentenza ed aveva i medesimi effetti.[3] Il debitore insolvente cadeva difatti in uno stato analogo alla servitù dopo i trenta giorni, che venivano accordati dalla scadenza anche nella procedura ordinaria:[4] il creditore poteva costringerlo a lavorare, come pure poteva legarlo in ceppi onde evitare la fuga.[5] Se il debitore non soddisfaceva alla sua obbligazione, non vi era, per quanto sappiamo, alcun termine in cui l' arresto personale dovesse cessare. Quando però l' obbligato sotto la forma del *nexum* avesse voluto soddisfare il suo debito, e fosse alla scadenza, fosse dopo di essa, o il creditore glielo avesse rimesso, era necessaria per risolvere la obbligazione una forma egualmente solenne, un atto contrario *per æs et libram*, detto *nexi liberatio* o *solutio per æs et libram.*[6]

Il contratto verbale del *nexum* cadde in dissuetudine dopo la legge *Pætelia Papiria* (dell' anno 428 di Roma) motivata dalle

---

pisse *per æs et libram* (vedi § 61), e Varrone aggiunge: *hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quærit, nam idem quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum fit.* Questa esatta distinzione giuridica non si ritrova nei passi di altri scrittori, che prendono il *nexum* nel senso più ampio di ogni atto solenne che si compie colla forma *per æs et libram:* così Cicerone de orat. III. 40, Manilio presso Varrone l. l. VII. 105, Elio Gallo presso Festo v. *nectere.*

[1] Vedi appresso § 132.

[2] Dion. IV, 9; Varro l. c. " *liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat dum solveret nexus vocatur, ut ab ære obæratus.* „

[3] Così le XII Tavole: " *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* „ (Vedi più sopra Parte 1, § 61).

[4] Dion. VI, 23, 83; XVI, 9; Zon. VII, 14.

[5] Perciò i *nexi vincti solutique* in Livio II, 23. Vedi anche Varrone l. c. r. r. I, 17; Colum. I, 3; Dion. V, 53. — Il *nexus* conservava però la libertà e la cittadinanza, tantochè era obbligato al servizio militare (Liv. II, 24-26; Dion. VI, 29. 37. 41) come pure la potestà sui figli e la disposizione giuridica de' suoi averi: queste però erano in fatto paralizzate dalla solidarietà con cui e figli ed averi rispondevano del debito del paterfamilias (Dion. VI, 26; Liv. II, 24). Vedi Niebuhr I, 643; Bachofen, Il nexum p. 92-98; Rein Diritto romano privato. p. 654.

[6] Fest. l. c, Gai, 174: " adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: quod ego tibi tot milibus eo nomine *iure nexi debeo* salvo liberoque hoc ære æneaque libra. „

discordie dei patrizi e plebei.[1] Questa legge disponeva che fossero liberati dall'arresto personale tutti coloro che come *nexi* attualmente vi si ritrovavano e che non fosse più ammessa la sommissione volontaria all'arresto medesimo mediante la forma del *nexum*.[2] Il *nexum* non era con queste disposizioni abolito per sè, ma eragli tolto il rigore particolare che sapeva d'arbitrio, dappoichè il creditore doveva per ottenere il suo soddisfacimento adempire alle prescrizioni della procedura ordinaria.[3] È quindi naturale che perduto il suo principale interesse, questo contratto verbale primitivo cadesse in disuso.[4]

## § 129.

### Della stipulazione.

La stipulazione può definirsi un contratto conchiuso per via di una determinata domanda verbale del creditore e di una risposta precisamente corrispondente del debitore, colla quale il secondo accorda al primo un diritto di obbligazione.[5] Anche questo contratto ha subìto diverse fasi prima di giungere alla forma sotto cui si presenta nel diritto giustinianeo. Sembra che esso avesse da prima un carattere sacro, fosse cioè concluso per mezzo

---

[1] Liv. VIII, 28. In quell'anno erano consoli *C. Petilius* o *Pœtellius Libo Visolus* e *L. Papirius Mugillanus*. Alcuni scrittori la pongono invece nell'anno 441 u. c. nel quale C. Petellio fu dittatore, dietro un passo (corrotto) di Varrone l. l. VII, 105 (Vedi Rein l. c. p. 656, nota 2).

[2] Cic. de rep. II, 34, *omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum*. Liv. VIII; 28: *quod necti desierunt. . . . victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei. . . ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur.*

[3] Livio (VIII, 28) ci racconta che dopo la legge Petellia, anche coloro i quali venivano aggiudicati in via ordinaria ai propri creditori non potevano più essere caricati di ceppi: " *iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruissent, donec poenam liceret, in compedibus aut in nervo teneretur, pecuniæ creditæ bona debitoris non corpus obnoxium esset* " (Vedi Savigny, Scritti vari II, p. 424).

[4] Il nome soltanto si trova, ma in un senso diverso: p. e. *res nexa* nel senso di cosa soggetta a pegno (fr. 1 § 4 Dig. 43, 4).

[5] Paul. II, 4, 1. Fr. 5 § 1 de V. O. 45, 1: " *est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturum se quod interrogatus est respondet.* " La derivazione etimologica della parola è da trovarsi in *stips*, moneta. Fest. p. 297: " *stipem esse nummum signatum, testimonium est et id quod datur stipendium militi, et cum spondetur pecunia quod stipulari dicitur.* " Vedi anche Varrone l. l. V, 182, e per altre etimologie vedi Paul. sent. rec. V, 7, 1; Inst. III, 15 pr., Isidor. V, 24. Consulta Jhering, Spirito del d.° r.° I, p. 132.

del giuramento davanti all'ara massima di Ercole.[1] Nei tempi storici però esso non conservò del suo antico carattere se non le formole solenni della domanda e della risposta; che nei primi tempi non potevano essere diverse dalle seguenti: Il creditore domandava: SPONDESNE MIHI CENTUM DARE? Il debitore rispondeva: SPONDEO?[2] Quando però i rapporti dei Romani coi peregrini divennero sempre più intimi e l'uso della stipulazione prettamente latina si estese anche ai forestieri e divenne così *iuris gentium*, si riconobbero come valide altre formule meno rigorose, come DABIS? DABO: PROMITTIS? PROMITTO: FIDEI TUÆ ERIT? FIDEI MEÆ ERIT ed altre.[3] In seguito fu permesso anche l'uso della lingua greca o di un'altra lingua straniera,[4] e sotto gli imperatori si ammise nelle forme della stipulazione una libertà sempre maggiore.[5]

Finalmente l'imperatore Leone dichiarò superflue le antiche formule e valida qualunque forma di domanda e risposta;[6] però esse dovevano esser sempre fatte oralmente, tantochè sordi, muti ed assenti non potevano per loro stessi concludere una stipulazione, e la risposta doveva seguire immediatamente e corrispondere esattamente alla domanda.[7]

Come nel *nexum*, così nella *stipulatio*, l'essenza del contratto riposa tutta nelle parole solenni colle quali è concluso, ed è perciò appunto che questi contratti si dissero verbali. Ciò non toglie peraltro che i contraenti non potessero cercare di facilitare la prova della perfezione del contratto; ed è a questo fine che già sotto il governo consolare si solevano chiamare testimoni all'atto e stendere un documento scritto che si diceva *cautio*, *epistola*, *literæ*, *scriptura*, *instrumentum*, *chirographum*.[8] Sebbene la scrittura rimanesse sempre un elemento accessorio della *stipulatio*, un semplice mezzo di prova del contratto, tuttavia l'uso generale delle *cautiones* fece sì che la stipulazione scritta anche

---

[1] DIONIS. 1, 40; FEST. sub. voc. *Spondere*; ISID. V. 24.

[2] CIC. pro Rosc. Com. 5; PLAUT Trin. V, 2, 38 seg.; Capt. IV, 2. 118; GAI. III. 92; PAUL. rec. sent. II, 3, 1.

[3] GAI. III, 92 segg. 112 seg. 138; PAUL. 2, 3, 1. PLIN. ep. 1, 14.

[4] Fr. 8 pr. Dig. 46, 1; conss. 12, Cod. VIII, 41, 1. Inst. III, 15.

[5] Fr. 1, § 2. Dig. 41, I.

[6] Const. 10. Cod. VIII, 38; § 1 Inst. III, 15.

[7] GAI. III, 102; § 5 Inst. III, 19, Fr. 1 § 1-3; Dig. XLV, 1.

[8] CIC. pro Rosc. Com, 4. Topic. 25, 26. V. esempî nei fr. 40 Dig. XII, 6. Fr. 126 § 2 Dig. XLV, 1. p. 71 pr. Dig. XVII, 2, p. 122 § 2. Dig. XLVI, 1 etc.

solamente dal debitore si ritenesse come valida, quando il creditore accettava l'istrumento, quantunque non avesse luogo domanda e risposta, e Giustiniano dispose perfino che la presenza dei contraenti dovesse esser presunta quando essi fossero designati come presenti nell'istrumento di stipulazione. [1]

Per quello che riguarda l'*oggetto* delle stipulazioni, esse possono in primo luogo distinguersi in *convenzionali* e *necessarie*. Le prime, che sono la più gran parte e possono impiegarsi in ogni atto giuridico diretto a fondare un rapporto obbligatorio, [2] sono quelle contratte per accordo spontaneo delle parti. Le seconde, dette più propriamente *cautiones*, sono quelle contratte in forza di un ordine del magistrato o di un giudice. In secondo luogo debbono distinguersi fra le stipulazioni convenzionali quelle che accedono ad un altro contratto, sia per dargli maggior forza, sia per novarlo, e quelle che sono indipendenti da ogni altro atto. Esse possono infine fondare obbligazioni della più diversa natura, tanto una obbligazione di *dare* quanto una di *facere* e di *præstare*. [3]

Il fine che si propongono i contraenti, la causa della stipulazione, era indifferente nell'antico diritto, in cui predominava il principio formale. La stipulazione era valida di per sè e dava vita all'obbligazione, anche quando non si designava nell'atto, perchè od a qual fine si contraeva. [4] Il principio formale e rigoroso fu però a poco a poco modificato dal diritto pretorio, il quale per veduta d'equità assicurò a chi si fosse obbligato senza una causa la *exceptio doli* e rese così la validità della stipulazione dipendente dalla causa. [5] Questa può essere una causa antecedente od una causa futura, secondo che il debitore adempie alla sua obbligazione precedente accordando colla stipulazione un titolo di credito (*nomen*) al creditore: nel secondo il creditore dispone di qualche cosa a favore del debitore, il quale per ciò è obbligato ad una controprestazione (*dare ob causam* o *ob rem.*). [7]

---

[1] Cost. 14. Cod. VIII, 38, § 12. Inst. III, 19.

[2] Fr. 5 pr. de V. O. 45, 1: " quarum totidem genera sunt, quot pæne dixerim rerum contrahendarum. "

[3] Fr. 2 pr. Dig. XLV, 1; Gai. IV, 53, 131. È però da osservarsi che nei primi tempi le stipulazioni non erano dirette se non alla prestazione di una somma di denaro.

[4] Gai. IV, 116.

[5] Cic. de off. 3. 14. Gai. 4, 116, 118. Fr. 2, § 3 Dig. XLIV, 4.

[6] Fr. 65 § 4 Dig. XXXVI; 1, Fr. 19, § 4-6 Dig. XXXIX, 5, Fr. 49 Dig. XLVI, 3.

[7] Fr. 1, § 1 Dig. XII, 7. Fr. 28 § 3, Fr. 52. p. 65 § 4. Dig. XII, 6. Fr. 1 pr. Dig. XII, I. Fr. 9 pr. Dig. XII, 5.

La stipulazione è un contratto eminentemente unilaterale; [1] però poteva essere impiegata eziandio per dar vita a obbligazioni bilaterali. Bastava infatti contrarre nel medesimo tempo due stipulazioni, nelle quali i contraenti scambiassero le loro parti: così in una compra e vendita il venditore promette la merce e si fa ripromettere (*restipulari*) il prezzo. [2] Del pari il creditore può fare accedere alla stipulazione un'altra persona (*adstipulator*) che si fa promettere il medesimo oggetto dal debitore, ed è con ciò autorizzato ad agire in giudizio e ricevere la riscossione in difetto del creditore principale. [3] Ciò serviva nei più antichi tempi per render possibile la rappresentanza in giudizio: più tardi per facilitare l'adempimento delle obbligazioni dopo la morte del promittente. [4] — L'istituto dell'*adstipulatio* è però sparito dal diritto giustinianeo avendo Giustiniano riconosciuto la validità di una *stipulatio post mortem*. [5]

Le azioni, che sorgono dalla stipulazione, sono la *certi condictio* o *condictio si certum petatur* quando trattasi di una stipulazione *certa*, [6] l'*actio ex stipulatu* quando di una stipulazione *incerta*. [7] È ammessa inoltre la *condictio triticaria*, quando la stipulazione non sia diretta ad una somma di denaro. [8]

## Capo VIII.

### CONTRATTI LETTERALI

### § 130.

#### Dei contratti letterali nel diritto antico. [9]

Accanto alla stipulazione esisteva sotto il governo consolare in Roma un altro modo di dar vita ad obbligazioni formali, quello

---

[1] Fr. 19 Dig. L. 16,
[2] Var l. l. 5, 182 ss. Gai. IV, 165-168, 180.
[3] Gai. III, 111, 112.
[4] Gai. III, 117.
[5] Const. 1 Cod. IV, II.
[6] Fr. 24 Dig. II, 1.
[7] Gai. IV. 136.
[8] Fr. 1 pr. Dig. XIII, 3.
[9] Vedi Archivio giuridico vol. IV pag. 611 seg. e sopratutto la dotta memoria dell'illustre prof. Buonamici nell' Archivio Giuridico vol XVI. p. 3-72.

cioè di iscrivere una partita di credito nel libro di cassa del padre di famiglia.

Ogni Romano soleva tenere per l'amministrazione del proprio patrimonio un registro di tutte le entrate e le uscite (*tabulæ* o *codex accepti expensi*). [1] Questo registro conteneva due rubriche in due pagine diverse, una per l'entrata (*acceptum*), una per la uscita (*expensum*): ed ogni mese vi si riportavano le differenti partite dallo squarcio (*adversaria*) con un determinato ordine cronologico. Ogni partita doveva recare la sua data, [2] il nome della persona, da cui si era ricevuto od alla quale si era dato, [3] non meno che la causa particolareggiata del dare o dell' avere. [4] Questo registro però oltre a contenere la vera e propria uscita ed entrata [5] serviva ad iscrivere molti altri crediti o debiti, che riposassero sopra un mutuo pagato a contanti, [6] e finalmente serviva a dar vita all'obbligazione letterale.

A quest'ultimo scopo bastava che il creditore iscrivesse una somma di denaro insieme al nome delle persona, che si soleva designare come debitrice, dal lato dell' uscita nel *codex*. I Romani chiamavano questo atto del creditore *nomen facere* o *expensum ferre*, da cui il nome di *expensilatio*. [7] Il debitore doveva prestarvi naturalmente il suo assenso, sebbene la sua presenza all'atto non fosse necessaria, [8] e soleva riportare la medesima somma nel suo *codex* dalla parte dell'entrata, per cui dicevasi *acceptilatio* quest'atto corrispondente alla *expensilatio*. [9] In questo modo il

---

[1] Cicer. p. Rosc. c. 1, 2, 3. Verr. II, 76.

[2] Cic. Verr. II, 77, es. Fr. 1, § e 2. Dig. 2, 13. Fr. 4 pr. Fr. 6, § 6 eod.

[3] È appunto da questo che ogni partita di credito o di debito chiamavasi *nomen* (Pseudo-Ascon. Verr. I, 10 § 28 p. 165 Or.).

[4] Cic. p. Fontei. 3. Verr. 1, 14. 57. i. f.

[5] Al titolo dell' uscita appartenevano ancora i capitali dati a mutuo che si dicevano *nomina arcaria*, per i quali però l' iscrizione nel *codex* non costituiva di per sè l'obbligazione, ma serviva solamente di prova della medesima. Gai. III, 131 segg. " In his *rei*, *non literarum* obligatio consistit, quippe non aliter valent quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae non facit obligationem sed obligationis factae testimonium praebet. "

[6] Come prezzi non ancora pagati di immobili emobili, niteressi scaduti non ancora pagati, stipulazioni et. Così il *codex* non doveva presentare soltanto il conto di cassa, ma offrire insieme anche un quadro dello stato patrimoniale della famiglia.

[7] Cicer. p. Rosc. c. 5. " Pecuniaria necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit. "

[8] Gai. III, 136, 138.

[9] Cicer. l. c. 1. " Improbum est non referre quid debeas. "

debitore veniva ad essere obbligato, come se avesse ricevuto una somma di denaro, e la obbligazione riposava unicamente sopra la trascrizione (*literarum obligatio*, *nomen transcripticium*).

La trascrizione poteva essere fatta in due modi: 1° *a re in personam*, vale a dire quando si voleva trasformare in obbligazione letterale un debito nascente da un'altra causa (come p. e. da compra e vendita, da rapporti di società) senza che si mutasse la persona del debitore e soltanto per dare alla obbligazione un carattere più rigoroso; 2° *a persona in personam*, e questo avveniva quando si cangiava la persona stessa del debitore e si trascriveva nell'uscita una somma a carico di una persona, la quale non era debitrice del trascrivente ma le era delegata dal vero e proprio debitore; [1] alla quale operazione si richiedeva naturalmente l'assenso di ambedue quelle persone. È da notarsi infine che ogni trascrizione conteneva in sè una novazione dell'obbligazione.

Tutto il valore dell'obbligazione letterale riposava sopra la puntualità, colla quale eran tenuti i libri di cassa, e sulla onestà del creditore e del debitore. [2] È perciò che coll'aumento della corruzione dei costumi in Roma si cominciò ad assicurare la obbligazione con mezzi estranei di prova [3] e finalmente cadde in disuso nei primi secoli dell'Impero tutta la consuetudine dei *codices* e dei *nomina transcripticia*. [4]

---

[1] Gai. III, 128 segg. " Litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticium duplici modo vel a re in personam vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit veluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, inde expensum tibi tulero. A persona in personam transcriptio fit veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi inde expensum tulero, id est si Titius pro se delegaverit mihi. „ La *delegazione* consisteva in un semplice avviso al debitore, che doveva ricevere un nuovo creditore. — Questi pagamenti dietro delegazione solevano farsi spesso per l'intermezzo dei banchieri (*argentarii, mensarii, trapezitae*), i quali pagavano coi depositi dei particolari o col far loro credito ad interesse e tenevano dei registri esatti sopra tutta la loro entrata ed uscita (*codex, tabulae, rationes, mensæ, rationes*).

[2] Cicer. Verr. 1, 23, pro Rosc. 2 ci fa sapere come fosse sacro dovere tenere i libri colla più grande coscienza, e come si considerassero quasi vergognose delle partite non trascritte sopra il *codex* (*pecuniae extraordinariæ*).

[3] Sia col farsi dare dal debitore il consenso in scritto (per epistolam), sia con testimoni, sia col trascrivere le partite nei libri di più persone. v. Cicer. pro Rosc. 1. Senec. de benef. 3. 15.

[4] Pseudo-Ascon. ad Verr. 1, 23 p. 175 Or. " *Ad nostram memoriam tota hæc vetus consuetudo cessavit.* „ — L'uso si mantenne più a lungo presso i banchieri.

*Syngrapha e Chirographum.* — L'obbligazione per via di trascrizione nel *codex accepti et expensi* era un istituto particolare ai cittadini Romani. I peregrini invece, e specialmente quelli delle provincie greche, solevano servirsi di documenti scritti detti singrafi e chirografi, coi quali il debitore attestava di dovere qualche cosa o si obbligava a prestare una qualche cosa. [1] I Romani riconobbero il valore di questi documenti nei rapporti coi peregrini, [2] e li usarono anche fra loro, ma unicamente come prova scritta della obbligazione letterale, senza dar loro mai un valore simile a quello dei *nomina transcripticia.* [3]

## § 131.

### Del contratto letterale del diritto giustinianeo.

Le costituzioni imperiali avevano disposto che la *exceptio non numeratæ pecuniæ* escludesse, come mezzo di prova, il documento di stipulazione o di altro credito portato in giudizio dall'attore, e costringevano quest'ultimo a recare altre prove, mancate le quali il convenuto veniva assolto. [4] Ma perchè non fosse recato danno al pubblico credito, si disponeva nel medesimo tempo, che il debitore, che volesse prevalersi della *querela non numeratæ pecuniæ*, dovesse presentarla entro un anno, e che quindi si prescrivesse nel medesimo termine la *exceptio* corrispondente. Dopo varie modificazioni di diversi imperatori, [5] Giustiniano dispose, che il termine della prescrizione di quella *exceptio* dovesse essere di due anni, e che scorso questo termine il documento dovesse fare piena prova. [6] Soltanto perchè la scrittura veniva così ad obbligare (*scriptura obligatur*) senza stipulazione

---

[1] Gai. III, 134. „ Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat: ita scilicet si et nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationis proprium peregrinorum est. „

[2] V. Cicer. ad Attic. V, 21, VI, 2; Ver. I, 36, IV, 13 et. Plau. Asina, IV, 1, 57, I, 3, 85.

[3] Cicer. p. Mur. 17; ad Attic. VII, 3; Hora. Sat. II, 3, 69 segg. Gai in Fr. 4 Dig. 22, 4; Fr. 27 § 1 Dig. 47, 2.

[4] Const. 3, 4. (IV, 30); Inst. (3, 21); Fr. 29 pr. (17, 1).

[5] Il termine fu esteso probabilmente sotto Diocleziano a un quinquennio (v. Cod. Hermogeni p. 65 Haenel). Vedi altre modificazioni di Onorio e Teodosio nel Cod. Th. 4, 27, 1; e const. 13 Cod. 4, 30. Consulta Schupfer, Obblig. p. 233.

[6] § 21 Instit. III, 21. Vedi Schupfer, l. c.

e senza numerazione, si disse inesattamente obbligazione letterale del diritto giustinianeo, quantunque essenzialmente diversa dalla *literarum obligatio* dell'antico diritto Romano. [1]

## CAPO IX.

### CONTRATTI REALI.

### § 132.

### Mutuo.

*Nozione.* — Il mutuo è un contratto reale, [2] mediante il quale una persona, che dicesi mutuante, dà [3] ad un'altra, che dicesi mutuatario, una quantità di cose fungibili, [4] affinchè questi le faccia sue e, scorso il tempo stabilito, ne restituisca altrettante dello stesso genere e della stessa qualità.

Per ottenere questa restituzione, il mutuante ha la *condictio mutui*, che in diritto romano è un'azione di stretto diritto. [5]

---

[1] Una preziosa monografia sulle litterarum obligationes in diritto Romano ha pubblicato il prof. Francesco Buonamici nell'Archivio Giuridico XVI, 3-72.

[2] Essendo un contratto *reale*, il mutuo non è perfetto finchè non è fatta la tradizione, e quindi va ben distinto dalla convenzione di dare a mutuo, la quale era valida anche per diritto romano quando era rivestita della forma della stipulazione (fr. 30 de reb. cred. 12, 1). — La consegna può farsi dallo stesso mutuante, o da un altro in suo nome, in tutte quelle maniere nelle quali può farsi la tradizione in genere, non esclusa la *traditio brevi manu* e il *constitutum possessorium* (fr. 9, § 9 e fr. 30 de reb. cred. 12, 1. Vedi Parte prima, § 51 e 64).

[3] È necessaria la *dazione* delle cose mutuate, cioè il mutuante deve trasferirne la proprietà al mutuatario. Perciò si esige che il mutuante medesimo ne sia proprietario ed abbia la capacità di alienare (fr. 2 § 4 e fr. 16 de reb. cred. 12, 1 § 23, quib. al. lic. 2, 8). E dove una di queste condizioni faccia difetto, si fa luogo in favore del proprietario all'azione di rivendicazione se le cose esistono ancora, ed alla *actio ad exhibendum* se furono consumate in mala fede (fr. 11 § 2 de cred. 12, 1). Che se la consumazione fosse avvenuta in buona fede, il mutuo resterebbe convalidato, e così pure si convalida se il mutuatario ne ha acquistato la proprietà per mezzo della commistione se si tratta di danaro, ovvero per mezzo dell'usucapione (fr. 11 § 2 fr. 13 pr. § 1, fr. 19, § 1 de reb. cred. 12, 1; fr. 24 pr. § 2 de obl. et act. 44, 7; fr. 78 de solut. 46, 3. Vedi Schupfer, *Obblig.* p. 326).

[4] Per es. danaro, vino, olio, frumento (fr. 1 § 2 de obl. et act. 44, 7; fr. 2 § 1 de reb. cred. 12, 1). Se invece di cose fungibili furono ricevute cose non fungibili per venderle e ritenere il prezzo a titolo di mutuo, questo non esiste se non dopo conseguito il prezzo (fr. 11 pr. de reb. cred. 12, 1).

[5] In diritto moderno l'azione di mutuo può essere diretta anche ad ottenere gli interessi moratorî (Arndts-Serafini *Pandette* § 280).

*Effetti.* — Il mutuatario contrae l'obbligo di restituire nel tempo fissato altrettanto in genere e qualità di quanto ebbe. [1] Se non venne stabilito il tempo della restituzione, nè espressamente nè tacitamente, il mutuante può chiederla ad ogni istante. S'intende da sè che dopo la tradizione il rischio e pericolo delle cose mutuate sta a carico del mutuatario.

Il debitore in mora a restituire il mutuo deve pagare gli interessi. Prescindendo da questo caso gli interessi non possono chiedersi se non sono stati convenuti, [2] dappoichè non sono mai sottintesi. [3]

Nel mutuo di danaro, salvo un patto contrario, è in facoltà del debitore di restituire delle specie metalliche differenti da quelle ricevute, purchè sieno in corso e il mutuante non ne risenta danno. [4] Se fra il momento in cui il danaro fu dato a mutuo e il momento in cui vuole essere restituito, le specie metalliche avessero subito un mutamento di valore, il ragguaglio fra la moneta ricevuta e quella che si restituisce dovrà farsi avuto riguardo al valore corrente al tempo del pagamento. [5]

*Pecunia traiectitia.* — Essa ha luogo se i danari sono destinati a passare il mare, e il sovventore ne assume il rischio. [6] In tal caso il sovventore può pattuire interessi più elevati degli ordinari. [7] I principî della *pecunia traiectitia* furono estesi col tempo ad ogni operazione, anche non marittima, in cui il mutuante si obbligasse a non esigere la restituzione che all'avverarsi di una certa condizione. [8]

*Mutuo contratto da un figlio di famiglia.* — Sotto Claudio nell' anno 800 di Roma fu proibito di mutuar danari [9] ad un figlio

---

[1] Fr. 2 e 3 de reb. cred. 12, 1.

[2] In diritto romano, la convenzione degli interessi, per avere efficacia, doveva essere rivestita della forma civile della stipulazione, fatta separatamente e indipendentemente dal mutuo, salvo in casi affatto eccezionali (fr. 24 de præscr. verb. 19, 5; c. 3, 7. Cod. de usur. 4, 32. — Vedi Schupfer, *Obblig.* p. 328-9).

[3] C. 1, 3 de usur. 4, 32.

[4] Fr. 65 § 1 de V. O. 45, 1; fr. 99 de sol. 46, 3.

[5] Fr. 1 pr. de contr. emt. 18, 1; fr. 1 § 1, fr. 9 de aur. arg. leg. 34, 2 fr. 94 § 1 de solut. 46, 3. — Il Codice civile italiano ha regole alquanto diverse: vedi in proposito gli art. 1821-1823.

[6] Fr. 1 3 de naut. foen. 22, 2.

[7] Fr. 4 pr. de naut foen. 22, 2; c. 2, IV, 33. Nel diritto antico il *foenus nauticum* era illimitato, Giustiniano fissò gli interessi al dodici per cento *(usuræ centesimæ).* Vedi Arndts-Serafini *Pandette* § 283 in nota; Schupfer, *Obbligazioni* pag. 330.

[8] Fr. 5 de naut. faen. 22, 2. Pel Codice civile italiano l' unica limitazione all' assoluta libertà degli interessi è quella sancita dall' art. 1832.

[9] Il Senato consulto non si applicava ad altre operazioni diverse dal mutuo di danaro, salvo se fatte per eludere la legge (fr. § 3; fr. 7 § 3 de SC. Mac. 14, 6).

di famiglia.[1] Si voleva con ciò porre un argine ai traviamenti a cui i figliuoli soggetti alla patria potestà potessero venire trascinati dai debiti. Il mutuante che richiedeva la restituzione poteva essere respinto colla *exceptio Senatusconsulti Macedoniani;* e questa spettava tanto al figlio di famiglia quanto al padre, come pure agli eredi ed ai fideiussori del figlio di famiglia in quanto avessero regresso contro di lui in caso di pagamento.[2]

Il senatoconsulto Macedoniano, mentre non riconosceva esistere obbligazione civile nel figlio di famiglia pel danaro mutuatogli, riconosceva in lui un'obbligazione naturale, e quindi il pagamento escludeva la *condictio indebiti.* — In alcuni casi poi la eccezione del senatoconsulto Macedoniano cessava del tutto,[3] e in alcuni altri cessava pel figlio di famiglia che aveva ricevuto il mutuo.[4]

## § 133.

### Comodato.[5]

Il comodato è quel contratto reale[6] per cui uno dei contraenti (*comodante*) consegna all'altro (*comodatario*) una cosa,[7] affinchè

---

[1] Il mutuo fatto al figlio di famiglia non acquistava validità neppure dopo la morte del padre di famiglia (fr. 1 pr. de SC. Mac. 14 6). Del resto non si badava punto all'età, al grado ed alla dignità del figlio di famiglia, ammenochè questa non fosse tale da liberarlo dalla patria podestà (fr. 1 § ult. fr. 9 § 2, fr. 14 de SC. Mac. 14, 6. Vedi SCHUPFER, *Obblig.* p. 231-232).

[2] Fr. 9 § 3 de SC. Mac. 14, 6. Vedi SCHUPFER, l. c.

[3] Per es. quando il mutuante aveva delle buone ragioni per ritenere che il figlio fosse un *pater familias;* quando il padre avesse acconsentito al mutuo, sia espressamente sia tacitamente, in ispecie se avesse costituito il figlio capitano di un suo bastimento o l'avesse preposto ad un negozio perchè esercitasse il commercio, od avesse notificato in seguito il contratto; quando il danaro era stato impiegato in vantaggio del padre ec. (Vedi ARNDTS-SERAFINI *Pandette* § 282 e SCHUPFER, p. 333).

[4] Ciò avveniva quando il figlio di famiglia aveva un peculio castrense o quasi castrense, e quando divenuto *pater familias* aveva riconosciuto il mutuo (ARNDTS-SERAFINI l. c. nota 3). Consulta SCHUPFER, l. c.

[5] Inst. III, 14, Dig. XIII 6 commodati vel contra; SCHUPFER, *Obblig.* p. 336; ARNDTS-SERAFINI *Pandette* § 284.

[6] Il comodato essendo un contratto reale richiede anch'esso per la sua perfezione la consegna o tradizione della cosa. La semplice promessa di concedere l'uso d'una cosa non costituisce il comodato; ma quando questa promessa fosse stata rivestita della forma della stipulazione, poteva anche in diritto romano dar luogo ad una azione d'indennità in caso d'inadempimento. Vedi SCHUPFER, l. c.

[7] Nel diritto romano antico il concetto del comodato si applicava soltanto alle cose mobili, ma nel diritto classico e nel diritto giustinianeo si estende anche alle cose immobili (§ 2 Inst. h. t.; fr. 1, § 1, h. t.).

se ne serva gratuitamente per un tempo od uso determinato,[1] coll'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta.[2]

Il comodatario risponde d'ogni grado di colpa, non però del caso fortuito,[3] salvochè siasi servito della cosa per un uso diverso da quello stabilito,[4] nel qual caso deve inoltre restituire anche il guadagno che ne avesse ritratto.[5] L'azione che spetta al comodante contro il comodatario è l'*actio comodati directa.*

Il comodante non può chiedere la restituzione della cosa se non dopo che il comodatario siasi servito della cosa per l'uso stabilito o dopo che sia trascorso il termine convenuto.[6] Eventualmente possono nascere obbligazioni anche pel comodante, il quale deve: 1.° rifondere al comodatario le spese necessarie e straordinarie che non sieno una condizione del suo godimento;[7] 2.° risarcire il danno proveniente dalla sua colpa grave ed anche dalla colpa leggera se il comodato fu concluso nel suo interesse;[8] e per ultimo, se il comodatario, avendo smarrita o perduta la cosa, ne aveva dovuto pagare il valore al comodante, questi, ritrovata che l'abbia, deve rendergli il valore pagato.[9] — L'azione che spetta al comodatario per ottenere l'esecuzione di questi obblighi eventuali del comodante è l'*actio comodati contraria.*

## § 134.

### Deposito.[10]

*Deposito regolare.* — Il deposito è quel contratto reale per cui una delle parti (*deponente*) consegna all'altra (*depositario*) una cosa

---

[1] L'uso dev'essere *gratuito* (8, 2 Inst. h. t. Cod. civ. art. 1806). Se il comodatario si obbligasse ad un correspettivo, il contratto muterebbe natura: sarebbe cioè o una locazione od un contratto innominato (§ 2 I. h. t.; fr. 17 § 3 de præscr. verb. 19, 5).

[2] Conviene che l'intenzione comune delle parti sia che il comodatario si serva della cosa. La tradizione adunque non trasmette al comodatario nè la proprietà nè il possesso, ma soltanto la detenzione, che è necessaria perchè possa usare della cosa comodata (fr. 8 9, 15, 16 h. t.). La natura e la durata dell'uso vengono determinati dalla volontà dei contraenti, e in difetto è decisiva quella del comodante (fr. 17, § 3 h. t.).

[3] Fr. 3 § 6; fr. 4 h. t.

[4] Fr. 5 § 2-10; fr. 10 pr. e Fr. 18 pr. h. t.

[5] § 2 Inst. III, 14.

[6] Arg. fr. 13 § 1 h. t.

[6] Fr. 17 § 3 h. t.

[7] Fr. 18 § 2 h. t.

[8] Fr. 18 § 3 h. t. Cf. fr. 22 eod.

[9] Fr. 13, 17 § 5 e fr. 21 h. t.

[10] Dig. XVI 3, Cod. IV 34. Vedi SCHUPFER, *Obblig.* p. 338; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 285.

mobile perchè la custodisca gratuitamente coll'obbligo di restituirla ad ogni richiesta. [1]

Il depositario ha l'obbligo di custodire la cosa e di restituirla in ispecie, senza deterioramento e con tutti gli accessori, ad ogni richiesta del deponente, sebbene non sia ancora decorso il termine che per avventura fosse stato convenuto. [2] Nel caso che la restituzione sia impossibile, il depositario non risponde che del dolo e della colpa grave, [3] salvochè non si sia profferto spontaneamente come depositario, o il deposito non ridondi a suo vantaggio, nei quali casi risponde anche della colpa leggera. [4] Anzi in via di eccezione è tenuto persino del caso fortuito, se egli ha usato arbitrariamente della cosa. [5] — Più depositari e più eredi dello stesso depositario rispondono della propria colpa per tutto il deposito. [6] L'azione del deponente contro il depositario è l'*actio depositi directa.* [7]

Anche il deponente può essere eventualmente obbligato; e precisamente a indennizzare il depositario tanto delle spese necessarie e di tutte quelle che egli stesso avesse ordinate o approvate, quanto di ogni altro danno che gli fosse derivato per sua colpa in conseguenza del deposito. [8] L'azione del depositario è l'*actio depositi contraria.*

*Deposito irregolare.* [9] — È irregolare il deposito di cose fungibili fatto in modo che ne risulti manifesta l'intenzione del deponente che il depositario non sia obbligato a restituire l'identica cosa ricevuta, ma altrettanto dello stesso genere. Ciò avviene per esempiô, nel caso che alcuno, depositando del danaro, lo abbia solamente numerato senza consegnarlo chiuso o suggellato. In questo caso l'oggetto che si deposita è la somma soltanto, e non

---

[1] Fr. 1 pr. h. t.

[2] § 3 Inst. III, 14; fr. 1 § 16, 22, 24, 45, 46, h. t., fr. 38 § 10 dè usur. 22, 1. L'obbligo della restituzione è talmente sacro che il depositario non potrebbe rifiutarsivisi per nessun pretesto, neppure con un'eccezione di compensazione o ritenzione (c. 11 Cod.h. t.).

[3] § 3 Inst. III, 14; fr. 5 § 2 commod. 13, 6.

[4] Fr. 1 § 35 h. t. Fr. 4 de reb. cred. 12, 1.

[5] Fr. 1 § 25 e fr. 29 h. t. Vedi Schupfer. p. 341.

[6] Fr. 1 § 43, fr. 9, 10 h. t. Per la colpa del depositario, gli eredi che non sieno in colpa non rispondono che ciascuno pro rata (fr. 7 § 1 e fr. 9 h. t.).

[7] Trattandosi di un deposito determinato da circostanze che non lasciano al deponente libera la scelta del depositario (per es. in caso di incendio, tumulto, inondazione), l'azione di deposito importa la condanna al pagamento del doppio, se il depositario negò il deposito (fr. 1 § 1-4 h. t.).

[8] Fr. 5 pr. fr. 12 pr. fr. 23 h. t.

[9] Arndts-Serafini, *Pandette* § 286.

anche le singole monete; e il depositario purchè provvegga a che la somma depositata possa essere ripresa ad ogni momento, può disporre dei singoli pezzi come più gli aggrada, dappoichè il deponente, col numerarli senz'altro, ha mostrato che non gli importa punto di riaverli tali e quali. Le cose fungibili depositate in questa guisa passano in proprietà del depositario, il quale è obbligato solamente a restituire il *tantundem*, cioè altrettanto della medesima qualità e bontà. [1]

## § 135.
## Contratto di pegno. [2]

*Nozione.* [3] — Il contratto di pegno è quel contratto reale per cui il debitore od un altro per esso trasferisce nel creditore il possesso di una cosa a fine di garantire un di lui credito, coll' obbligo nel creditore stesso di restituirla dopo l' estinzione del debito.

La sola convenzione, non susseguita dalla tradizione della cosa, può bensì creare il diritto reale d' ipoteca, [4] ma non produce gli effetti propri del contratto di pegno.

*Obbligazioni del creditore pignoratizio.* — Il creditore che ha ricevuto il pegno ha l' obbligo di vegliare alla custodia della cosa, adoperando la diligenza di un buon padre di famiglia: egli risponde adunque di ogni grado di colpa. [5] Egli è risponsabile perfino del caso fortuito, qualora siasi servito della cosa senza permesso del pignorante. [6] Dopo l' estinzione integrale del debito, deve il creditore restituire la cosa con tutte le accessioni. [7]

---

[1] Fr. 24, 26, § 1; fr. 28, 29 § 1 h. t. Presso i Romani era frequente l' uso di simili depositi ai banchieri, i quali si obbligavano di restituire ad ogni richiesta del deponente tutta o parte della somma depositata, o allo stesso deponente, o a terza persona indicata da lui. Questa è appunto l' origine storica degli *chèques*. Vedi SERAFINI, *Dissertazioni di diritto civile comune*. Diss. II. (Giurista di Napoli 1862). Vedi BUONAMICI Archivio Giuridico XVI, 3-72.

[2] Dig. de pignorat. act. 13, 7; Cod. IV, 24. Vedi SCHUPFER, *Obblig.* p. 345; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 288.

[3] Vedi A. EXNER: Nozione del diritto di pegno secondo il diritto romano e la critica di quest' opera del prof. FORLANI nell' Archivio Giuridico XI, 355-369.

[4] Vedi *Parte Prima* § 94, pag. 240, e più sotto § 143.

[5] § 4 Inst. III, 14.

[6] § 6 Inst. IV, 1.

[7] I frutti però non si restituiscono se sono stati imputati nel capitale ovvero negli interessi (fr. 9 § 3-5, fr. 40 § 2 h. t.). Se il pegno sia stato venduto, la restituzione comprende la parte di prezzo che per avventura sia sopravanzata dopo il pagamento del creditore pignoratizio, e degli altri creditori che avevano ipoteca sulla cosa stessa (fr. 42 h. t.). — Il Codice civile italiano allarga alquanto i diritti del creditore pignoratizio colla disposizione del capoverso dell' art. 1888.

L'azione spettante al pignorante contro il creditore pignoratizio è l'*actio pignoratitia directa*.

*Obbligazioni eventuali del pignorante.* — Il pignorante può essere eventualmente obbligato: 1.° a risarcire tutte le spese necessarie ed utili fatte dal creditore pignoratizio per la cosa oppignorata; [1] 2.° a risarcire tutti i danni derivanti da sua colpa anche leggera; [2] 3.° a mantenere la sicurezza che il pegno era destinato a procacciare, e dare per conseguenza un nuovo pegno se il primo per una causa ignorata dal creditore non presenta la garanzia che si ricercava. [3]

L'azione che spetta al creditore pignoratizio contro il pignorante è l'*actio pignoratitia contraria*.

## CAPO X.

### CONTRATTI CONSENSUALI.

### § 136.

### Della compra e vendita. [4]

Nozione e requisiti. — La compra e vendita è un contratto consensuale per cui uno dei contraenti si obbliga a fare avere all'altro una cosa per una determinata somma di denaro che quest'ultimo si obbliga di pagargli. Gli estremi del contratto di compra e vendita sono: la cosa, il prezzo, il consenso.

*La cosa.* — Possono essere vendute tutte le cose che possono formare oggetto di obbligazione, [5] e particolarmente tanto le cose corporali che le incorporali, le cose singole come le università di cose, e non solo le cose che attualmente esistono, ma altresì le cose future e persino la semplice speranza di un vantaggio. [6] La cosa che forma oggetto del contratto di compra e vendita può appartenere al venditore od essere una cosa altrui. [7] Tuttavia se la cosa è furtiva ed ambedue i contraenti lo sapevano, la compra

---

[1] C. 3 Cod. h. t. 4, 24; c. 2 de partu pign. 8, 25.

[2] C. 13 h. t.; § ult. Inst. III, 14.

[3] Come p. e. se la cosa pignorata non appartiene al pignorante (fr. 16 § 1 h. t.).

[4] Arndts-Serafini, *Pandette* § 300 e seg.

[5] Vedi più sopra § 104, p. 8-10.

[6] Bisogna distinguere l'*emtio spei* dall'*emtio rei speratæ;* quest'ultima s'intende fatta sotto condizione che la cosa venga ad esistenza (p. 8, de contr. emt. 18, 1).

[7] Fr. 28 e 34 de contr. emt. 18, 1. Secondo il Codice civile italiano la vendita è un contratto traslativo di proprietà; perciò l'art. 1459 stabilisce che la vendita della cosa altrui è nulla. Vedi però *Parte Prima* § 64, p. 169, nota 4.

e vendita è invalida; che se lo sapeva soltanto il venditore, il contratto non è nullo; ma il compratore non vi è tenuto.[1] È inefficace inoltre la compra e vendita di una cosa fuori di commercio, salvochè il compratore non fosse in errore scusabile, come è invalida quella di cose di cui è vietata la compra e vendita.[2]

*Il prezzo.* — Il prezzo deve essere convenuto in una somma di danaro;[3] tuttavia la natura del contratto non sarebbe cangiata, se, indipendentemente da un prezzo in danaro, il compratore si obbligasse ad altre prestazioni accessorie;[4] o se, fissato dapprima un prezzo in contanti, si convenisse poi che il compratore potesse liberarsi con un'altra prestazione (*datio in solutum*).[5] Il prezzo deve essere determinato o tale almeno da poter essere determinato in modo preciso. Ciò non toglie che la determinazione del prezzo si faccia dipendere da un avvenimento incerto ed ignoto, rimettendola p. e. all'arbitrio di una determinata persona[6] od anche al prudente arbitrio di un perito imparziale (*arbitratus boni viri.*)[7]

---

[1] Fr. 34, § 3, de contr. emt. 18, 1.

[2] Fr. 55, § 2, de contr. nut. 18, 1. — Talvolta la compra e vendita è vietata in massima, talvolta è vietata a certe determinate persone. Così p. e. ai tutori, ai curatori, ai mandatari ed ai pubblici amministratori non lice comprare i beni dei quali hanno l'amministrazione, nè ai pubblici uffiziali comprare i beni immobili nelle provincie in cui esercitano le loro funzioni. Vedi Cod. civ. italiano: art. 1457 e 1458.

[3] Così decise Giustiniano, a favore dei Proculejani, la questione che contro i Sabiniani agitavano, pretendendo questi ultimi che qualunque cosa avente valore potesse essere data come prezzo (Gai. III, 141: § 2 Inst. de emt. III, 23).

[4] Fr. 6, § 1; fr. 21, § 4 de act. emt. 19, 1.

[5] Cost. 9 de resc. vend. IV, 44; fr. 2, § 1, de contr, emt. 18, 1.

[6] Per e. *quanti Titius rem æstimaverit.* Questo punto era controverso fra le antiche scuole dei giureconsulti. Labeone e Cassio sostenevano che, quando la determinazione del prezzo era rilasciata all'arbitrio di un terzo, non vi aveva contratto di compra e vendita; Ofilio invece e Proculo sostenevano il contrario, e quest'opinione fu consacrata da Giustiniano (§ 1, Inst. III, 23; cost. 15, IV, 38 comb. con Gaj. III, 140). Ove il terzo designato non volesse o non potesse fissare il prezzo, la vendita sarebbe nulla per mancanza di prezzo. È dunque una vendita condizionale, e la condizione risiede appunto nella fissazione che il terzo faccia del prezzo. — Art. 1454, Codice civile. Vedi Pedrazzi, *Acerchivio giuridico* ,vol. VIII, pag. 346-360.

[7] Fr. 25 pr. loc. 19, 2; fr. 16, § ult. de pign. 20, 1. In questo senso può, se non per diritto romano, certamente per diritto moderno, rimettersi la determinazione del prezzo anche nel prudente arbitrio di uno dei contraenti (Vedi Arndts-Serafini *Pand.* § 300, Windscheid, *Pand.* § 386). In diritto romano non si aveva vendita in tal caso (p. 35, § 1, de contr. emt. 18, 1), ma un contratto innominato, semprechè, s'intende, una delle parti avesse già eseguito la sua promessa.

*Il consenso.* — Il consenso dei contraenti non è vincolato a forma di sorta; essi possono dichiararlo, sia a voce sia in iscritto ed anche tacitamente, in persona o col mezzo di terzi. [1] Riguardo al tenore della dichiarazione, essa può farsi, come d'ordinario, puramente, a termine o sotto condizione [2] Una condizione usata assai nella compra è quella di assaggiare la cosa. In questa ipotesi la compra e vendita non è perfetta, finchè il compratore non ha gustato la cosa e finchè non l'abbia dichiarata di sua soddisfazione, [3] salvochè non risulti che le parti intendessero conchiudere il contratto sotto condizione risolutiva. [4] È pure in certo qual modo condizionata la compra e vendita di cose fungibili a peso, numero e misura, finchè le cose non sieno state pesate, numerate o misurate. [5]

Effetti. — Gli effetti della compra e vendita si riferiscono al *pericolo* e al *comodo* della cosa, ed alle obbligazioni delle due parti contraenti.

*Pericolo* e *comodo.* — Appena il contratto è perfezionato, il pericolo (*periculum*) ed il comodo (*commodum*) della cosa venduta passano nel compratore. [6] Fanno eccezione a questa regola generale le compre e vendite di cose fungibili a misura, numero o peso, nelle quali queste sono a rischio e pericolo del venditore, finchè non sieno state pesate, numerate o misurate; così pure nelle compre e vendite sotto condizione, la perdita della cosa venduta prima che la condizione siasi verificata è a carico del venditore (*periculum interitus*), ma il deterioramento della cosa avvenuto prima di questo momento ricade sul compratore. [7]

Quanto alle obbligazioni che derivano dalla compra e vendita, devesi avvertire che questo contratto, essendo sinallagmatico, crea obbligazioni reciproche tanto pel venditore, quanto pel compratore, e conseguentemente dà luogo a due azioni dirette, l'una

---

[1] Fr. 1, § 2, de contr. emt. 181. Se però le parti avessero stabilito che la vendita dovesse farsi per iscritto, il contratto non sarebbe perfetto che mediante la scrittura (Cost. 17, de fid. instr. IV, 11).

[2] § 4, Inst. de emt. III, 23, 1, § 2, de contr. emt. 18, 1.

[3] § 4, Inst. de emt. III, 23; fr. 20, pr. § 1, de præscr. verb. 19, 5.

[4] Fr. 20, § 1, de præscr. verb. 19, 5; fr. 6 de resc. vend. 18, 5: fr. 3, quib. mod. pign. 20, 6.

[5] Fr. 35, § 5, 7, De contr. emt. 18, 1, art. 1450 Cod. civ.

[6] § 3, Inst. de emt. III, 23; fr. 34, § 6, de contr. emt. 18, 1.

[7] Fr. 8, pr. de peric. et commod. 18, 1, art. 1163, cap. 3. Cod. civ. — Vedi sulla teoria del rischio e pericolo nel contratto di compra vendita: dissertazione del prof. Jhering tradotta da Serafini.

in favore del venditore *(actio venditi)*, l'altra in favore del compratore *(actio emti)*.

*Obbligazioni del venditore.* — Il venditore non si obbliga a far divenire proprietario il compratore, ma a fargli avere la cosa.[1] Egli pertanto è obbligato anzitutto a consegnare la cosa al compratore e a trasferirgliene la disponibilità fisica *(vacuam possessionem tradere)*[2] con tutti i suoi accessorî e tutti i frutti naturali e civili percetti dopo la conchiusione del contratto. Sino alla consegna egli è tenuto ad usare ogni diligenza per la conservazione della cosa e risponde d'ogni grado di colpa.

Talvolta il compratore non può godere pienamente e liberamente della cosa, o per difetto inerente al diritto del venditore o per difetto inerente alla cosa stessa. In ambi i casi è possibile che il venditore debba rispondere verso il compratore.[3] Il venditore è obbligato in primo luogo a garantire quest'ultimo dalla *evizione*, la quale si verifica, quando la cosa viene tolta in tutto o in parte al compratore per decisione giudiziale dal proprietario,[4] oppure il compratore è costretto a riconoscere od a tollerare un *jus in re* sull'oggetto comprato come libero.[5]

Nei primi tempi di Roma il venditore non aveva l'obbligo di garantire il compratore dalla evizione; però le parti solevano stipulare, che il venditore, verificandosi la evizione, pagasse il doppio del prezzo *(stipulationes duplæ)*. Questi patti divennero così comuni, che la giurisprudenza finì coll'accettare la garanzia pel titolo di evizione, come un obbligo inerente alla natura del con-

---

[1] Fr. 11, § 2; fr. 30, § 1 de act. emti, 19, 1: . . . " *venditorem hactenus teneri* ut rem *emtori haberi liceat, non etiam, ut ejus faciat.* " — Il venditore adunque non si obbliga a trasferire la proprietà, ma solo il *pacifico possesso* della cosa; laonde il compratore non ha il diritto di agire contro il venditore, sinchè non gli è contrastato il possesso della cosa — Un concetto affatto diverso informa le disposizioni del Cod. civ. italiano su tale materia, poichè, come già dicemmo, la compra e vendita secondo la nostra legislazione è un contratto traslativo della proprietà.

[2] Fr. 13, § 10, 11, 13, 31. fr. 14-18 e fr. 38, § 2 de act. emt. 19, 1; f. 47-49 de contr. emt. 19, 1.

[3] Art. 1481. Cod. civ.

[4] Fr. 1, de evict. 21, 2: " *sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem.* " Art. 1482 Cod. civ.

[5] Per es. un diritto di usufrutto o di ipoteca (fr. 34, § 2, de evict. 4, 2; f. 66, pr. de contr. emt. 18, 1). Una servitù prediale, cui fosse soggetto il fondo venduto, non darebbe luogo al ricorso per evizione; ma il compratore potrebbe esercitare l'*actio quanti minoris, seu æstimatoria* pel deprezzamento che la servitù cagiona al fondo (fr. 1, 19, 1; fr. 49, § 1, de evict. 21, 2).

tratto. Per tal modo quand' anche un simile patto non fosse stato conchiuso espressamente, il venditore coll' *actio emti* poteva essere astretto a risarcire tutti i danni derivanti dalla evizione *(id quod interest)*. Affinchè sia lecito al compratore ricorrere contro il venditore, allegando la sofferta evizione, è necessario: 1° che l' evizione ripeta la sua origine da un vizio inerente al diritto del venditore e preesistente alla vendita; 2° che il compratore sia stato impedito di avere la cosa per sentenza giudiziale.[1] L' obbligo di prestare l' evizione cessa, se la cosa fu tolta al compratore per violenza o per un atto del potere sovrano;[2] così pure se la cosa è perita o il compratore se ne è privato senza giudiziale sentenza, o se ha perduto la causa per colpa propria,[3] e specialmente se ha tralasciato senza legittimo motivo di denunciare debitamente la lite al venditore,[4] salvochè non provi che questa denunzia, benchè tempestiva, non avrebbe mutato l' esito della lite.[5] Riguardo agli effetti dell' azione in garanzia per l' evizione, conviene distinguere il caso in cui le parti l' abbiano espressamente stipulata, da quello in cui essa deriva dalla natura del contratto. Nella prima ipotesi il compratore agisce *ex stipulatione*, chiedendo nè più nè meno della somma pattuita, che ordinariamente rappresentava il doppio del valore della cosa venduta; nella seconda ipotesi il compratore coll' *actio emti* può pretendere il risarcimento di tutti i danni ed interessi *(id quod emtoris interest rem evictam non esse)*,[6] calcolandosi il valore della cosa al momento della evizione.[7]

Quanto alla garanzia per vizi o difetti della cosa venduta, il venditore ne risponde verso il compratore, quando: 1° sieno tali da rendere la cosa impropria all' uso cui fu destinata, o almeno ne diminuiscano sensibilmente il valore;[8] 2° preesistessero alla conchiusione del contratto;[9] 3° fossero occulti ed ignorati dal compratore.[10] Questi aveva contro il venditore due azioni, concesse

---

[1] Cost. 17, de evict. 8, 45.
[2] Fr. 11, pr. de evict. 20, 2.
[3] Fr. 58, § 1; fr. 56 § 1; de evict., 21, 2.
[4] Fr. 63, de evict. 21, 2; cost. 7 e 14, 8, 45.
[5] Vedi Arndts-Serafini *Pandette* § 203.
[6] Fr. 43 in f.; fr. 45, de act. emt. et vend. 19, 1.
[7] Fr. 21, § 3; fr. 43. de act. emt. et vind. 19, 1.
[8] Fr. 1, § 8, de ædil. edict. 21, 1.
[9] Fr. 54, de ædil. edict. 21, 1.
[10] Art. 1498. Cod. civ.

dall' editto edilizio ed esercitabili a sua scelta, cioè l'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris*;[1] la prima è diretta alla risoluzione del contratto e dura sei mesi; l'altra tende alla diminuzione del prezzo e dura un anno utile. Giova però avvertire che in caso di dolo da parte del venditore, il compratore può servirsi dell'*actio emti* la quale si estingue soltanto in trent'anni. Per sua natura l'azione redibitoria non può intentarsi che una sola volta, l'azione per la diminuzione del prezzo qualunque volta si scopra un nuovo difetto.

*Obbligazioni del compratore.* — Il compratore è responsabile per ogni grado di colpa nella esecuzione del contratto. È obbligato a pagare il prezzo d'acquisto al momento della consegna della cosa, a meno che non siasi diversamente pattuito, e se è in mora deve pagare gli interessi moratori.[2] Però non è obbligato a pagare il prezzo prima della consegna della cosa e può respingere il venditore che glie lo richieda coll'eccezione del non adempito contratto. Inoltre il compratore è tenuto a trasferire nel venditore la proprietà delle specie metalliche, che dà come prezzo,[3] e ad indennizzare il venditore delle spese fatte dopo la conchiusione del contratto per conservare e custodire la cosa venduta.[4]

La proprietà della cosa venduta, ammesso che questa appartenga al venditore, non passa al compratore pel solo effetto della vendita. Perchè la proprietà sia trasferita, è necessario che il venditore abbia fatto la tradizione della cosa e che il compratore abbia pagato il prezzo convenuto, a meno che non abbia comprato a credito.[5]

*Scioglimento della compra e vendita.* — Oltre le cause per cui si sciolgono in generale tutti i contratti, la compra e vendita può essere rescissa per *lesione enorme*. Secondo una disposizione formale degli imperatori Diocleziano e Massimiano, il venditore di un fondo che non ha ricevuto nemmeno la metà del valore della

---

[1] Fr. 21 e 61, de ædil. edict. 21, 1. Art. 1501. Cod. civ.

[2] Fr. 13, § 20, de act. emt. 19, 1; cost. 2 de usuris. 4, 32. art. 1507, 1508, 1509 Cod. civ.

[3] Fr. 11, § 2, de act. emt. 19, 1.

[4] Fr. 13, § 22, de act. emt. 21, 1; cost. 16, cod. 4, 49.

[5] § 41, Inst. II, 1. Un principio affatto opposto è stabilito nell'art. 1448 del Cod. civ., ove, è detto; " la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa, nè sia pagato il prezzo. "

cosa può domandare la rescissione del contratto; ma il compratore può evitarla, pagando il vero e pieno valore della cosa stessa, cioè il giusto prezzo. [1]

## § 137.

### Locazione e conduzione. [2]

*Nozione e requisiti.* — Il contratto di locazione e conduzione è un contratto bilaterale consensuale, con cui una delle parti (*locatore*) si obbliga a procurare all'altra (*conduttore*) l'uso e il godimento di una cosa o a prestarle un servizio od un'opera in corrispettivo di un prezzo che l'altra parte si obbliga a pagare. [3]

I requisiti essenziali di questo contratto sono quelli che abbiamo enumerato trattando della compra e vendita, cioè: la *cosa*, il *prezzo* ed il *consenso*. *a*) La cosa (*res*) oggetto del contratto può essere tanto una cosa corporale od incorporale, di cui il locatore si obbliga a procurare l'uso ed il godimento al conduttore (*præstare uti frui licere*), quanto un fatto, un servigio, un'opera che quegli promette di prestare a questo. *b*) Il prezzo (*pretium*) deve essere, come nella compra e vendita, serio [4] e certo [5] e deve consistere in una somma di denaro. [6] Esso dicesi, secondo i casi, *reditus*, *pensio*, *merces*, *manupretium*. *c*)Il consenso (*consensus*), dal momento che esiste sulla cosa e sul prezzo, perfeziona il contratto, senza che richiedasi alcuna formalità. [7] Se le

---

[1] Const. 2 Cod de rescind. vend. IV, 44; art. 1529 e segg. Cod. civ. Il venditore, come per diritto romano, non ha questa facoltà che nelle vendite aventi per oggetto beni immobili.

[2] Inst. III. 34 de locatione et conductione. Di XIX. 3 locat. conducti. — Cod. IV, 65 de locat. et conductio. V. Arndts-Serafini *Pandette* § 310 e seg. Pacifici-Mazzoni, *Tratt. della Locazione* — Id. sulla natura personale del diritto conferito al conduttore nell'Archivio Giuridico IV, 31-59; V, 245-252.

[3] Come vedesi da questa definizione, v'ha una stretta analogia tra la locazione e la vendita; talchè molti giureconsulti considerano la locazione come la vendita dell'uso determinato di una cosa o di un servigio. — Pr. Inst. h. t. fr. 2, pr.; fr. 28, § 2; fr. 51 § 1, Dig. h. t. Art. 1568, 1570 Cod. civ.

[4] Fr. 20, § 1; fr, 22, § 3; fr. 23, Dig. h. t.

[5] § 1, Inst. h. t. — Gaius, III, 142-144; fr. 25, Dig. h. t.

[6] Fr. 25 § 6; fr. 51, pr. Dig. h. t. In una specie anomala di locazione, cioè nella colonia parziaria, il prezzo può consistere in una quota dei frutti del fondo. Ma la colonia parziaria è piuttosto un contratto di società che una locazione vera e propria, fr. 25, § 6, Dig. h. t.

[7] Pr. Inst. h. t.; Tit. I, de obl. quæ consensu contrahuntur. III, 22. Secondo il Codice civile italiano le locazioni di immobili eccedenti *i nove anni* debbono essere fatte per atto pubblico o per iscrittura privata, *sotto pena di nullità;* inoltre debbono essere trascritte. Art. 1314, n. 4; 1932, n. 5.

parti non si fossero accordate sulla quantità del prezzo, è d'uopo distinguere: o il prezzo che pretende il locatore è più alto di quello che il conduttore intende pagare, ed allora non v'ha consenso ed in conseguenza non esiste contratto; o il prezzo preteso dal locatore è più basso di quello pel quale il conduttore si ritiene obbligato, ed in tal caso v'ha consenso per la somma meno elevata, perchè il più contiene il meno. [1]

*Effetti e specie del contratto di locazione e conduzione.* — Essendo questo contratto essenzialmente bilaterale, dà luogo ad obbligazioni distinte e reciproche per ambo le parti; il locatore fa valere il suo diritto con l'*actio locati*, il conduttore con l'*actio conducti*, entrambe dirette. [2] Gli effetti di questo contratto sono diversi, secondochè esso abbia per oggetto l'uso e il godimento di una cosa, o la prestazione di un'opera o di un servigio (*locatio conductio rerum — locatio conductio operarum*).

Locazione e conduzione di cose. — *Generalità.* — Senza tornare a svolgere quei requisiti che debbono concorrere in qualsiasi contratto ed in ogni specie di locazione e conduzione, osserviamo soltanto, che le cose che si consumano coll'uso non possono per regola essere locate, poichè la locazione di cose ha per oggetto di far godere al conduttore la cosa coll'obbligo di restituirla in natura. — Il conduttore può in generale subaffittare la cosa locatagli, [3] ed il subconduttore può pagare direttamente la pigione o il fitto al locatore originario. [4] — La locazione di fondi rustici e quella di fondi urbani costituiscono le due principali suddivisioni della locazione e conduzione di cose; nel primo caso il conduttore dicesi inquilino (*inquilinus*); nel secondo dicesi colono (*colonus*).

*Obblighi del locatore.* — Egli deve: 1° consegnare la cosa al conduttore in tale stato che possa servire all'uso promesso, [5] e senza vizî [6] che la rendano inidonea a tale uso; 2° garantirne al conduttore il libero godimento e l'idoneità rispetto all'uso promesso per tutta la durata del contratto. [7] Perciò se l'uso o il go-

---

[1] Fr. 52, Dig. h. t.

[2] Pr. Inst. h. t.

[3] Fr. 60, pr. Dig. h. t. cost. 6. Cod. h. t. art. 1573. Cod. civ.

[4] Fr. 7; fr. 8; f. 24, § 1, fr. 53, Dig. h. t. art. 1574. Cod. civ.

[5] Fr. 19, § 2, Dig. h. t. Il conduttore in seguito alla consegna della cosa, non ne acquista il possesso giuridico, ma la semplice detenzione.

[6] Fr. 19, § 1; Fr. 30-35 Dig. h. t.; cost. 28 Cod. h. t.

[7] *Ut re conducta uti (frui) conductori liceat.* Fr, 15, pr. § 1; Fr. 30 Dig. h. t. Art. 1575, 1576, 1577, 1581, Cod. civ.

dimento divenisse impossibile, il locatore ne risponderebbe, però in diversa misura, secondochè l'impossibilità derivi o da sua colpa o da caso fortuito; nella prima ipotesi, trattandosi anche di colpa *lieve*, egli è tenuto a risarcire pienamente il conduttore (*in id quod interest*); [1] nella seconda ipotesi, se il caso fortuito ha distrutto la cosa locata, o l'ha resa in tutto o in parte inetta all'uso e godimento per cui fu affittata, il conduttore non è tenuto a pagare il fitto o la pigione, che in proporzione dell'uso e godimento che ha potuto fare della cosa locatagli. [2] Così pure il locatore deve astenersi da fare qualunque mutazione nella cosa locata, che la rende impropria o meno adatta all'uso promesso, [3] e deve, durante la locazione, fare le riparazioni necessarie alla cosa locata; [4] 3° Pagare tutte le imposte prediali ordinarie e straordinarie; [5] 4° Rimborsare al conduttore le spese necessarie od utili che questi abbia fatte sulla cosa. [6]

*Obblighi del conduttore* — 1° Deve pagare esattamente il fitto o la pigione convenuta, in proporzione del godimento effettivo della cosa locata, secondo le regole suesposte; [7] 2° deve usare della cosa convenientemente e conforme all'uso, cui essa è destinata; [8] nell'adempimento di questa obbligazione è tenuto per ogni grado di colpa; [9] 3° finita la locazione deve restituire la cosa nello stato in cui l'ha ricevuta, eccettochè si tratti di deterioramenti derivanti da vetustà o da forza maggiore. [10] Per garantire l'adempimento di queste obbligazioni del conduttore, la legge ac-

---

[1] § 5 Inst. *h. t.;* cost. 28, Cod. *h. t.*

[2] Fr. 9, § 1 e 4, fr. 15, § 2, 3, 7; fr. 19, § 6; fr. 25, § 2; fr. 30; pr. f. 33 Dig. h t. Così il colono può pretendere una riduzione di fitto, quando la raccolta dei frutti sia stata, per caso fortuito minore di quanto poteva ragionevolmente attendersi dal fondo; purchè però il danno risentito dal conduttore sia considerevole e dipenda da casi fortuiti straordinari (fr. 15, § 2 e 7, Dig. h. t.). Cfr. Art. 1617, 1618, 1619 Cod. civ.

[3] Fr. 19, § 5, Dig h t.; Fr. 30 cod. art. 1579.

[4] Fr. 15, § 1; fr. 19, § 2; fr. 25, § 2, Dig. h. t.

[5] Fr. un. § 3, Dig. de via publ. XLIII, 10; fr. 39, Dig. de usufr. VII, 1.

[6] Fr. 55, § 1; fr. 61, pr. Dig. h. t.

[7] Fr. 24, § 2; fr. 54; fr. 55, § 2, Dig. h. t. art. 1583, nr. 2 Cod. civ.

[8] § 6 Inst. h. t.; fr. 11, § 1, 2, 4 Dig. h. t. art. 1583, n. 1 art. 1584.

[9] § 5, Inst. h. t,; fr. 9, § 4, Dig. h. t. fr. 5, § 2, Dig. *commodati*, XIII, 6; cost. 28 Cod. h. t.

[10] Il conduttore, che si rifiutasse a restituire la cosa locata, incorreva, secondo il diritto romano, nelle pene comminate contro coloro che si impadronissero violentemente della cosa altrui. Cost. 34, Cod. h. t.; cost. 25, Cod. h. t. Cfr. art. 1585, 1586 Cod. civ.

corda al locatore una ipoteca sui frutti del fondo locato, se rustico, e sulle cose che il conduttore di un fondo urbano vi ha portato per servirsene secondo lo scopo della locazione (*invecta et illata*). [1]

*Cause per cui la locazione di cose si scioglie — Riconduzione tacita.* — La locazione si scioglie: 1° per la perdita della cosa locata, avvenuta per caso fortuito, [2] o per essere la medesima divenuta inetta agli usi pei quali fu condotta; [3] 2° pel non pagamento della pigione durante due anni; [4] 3° per abuso o malversazione della cosa locata; [5] 4° per la necessità di restauri alla cosa locata, non compatibili con l'uso promesso; [6] 5° per il bisogno urgente dell'abitazione locata sopravvenuto in modo imprevedibile al locatore; [7] 6° per lo spirare del termine apposto alla durata del contratto. [8] Spirato il termine possono le parti rinnovare il contratto espressamente o tacitamente. [9] La tacita riconduzione si verifica, allorquando il conduttore, spirato il termine, seguita ad usare e godere della cosa senza opposizione del locatore. [10] Essa si presume conclusa alle stesse condizioni della locazione cessata, e costituisce un nuovo contratto, non già una continuazione dell'antico. [11] Qualora alla locazione non siasi apposto un termine, o il termine non risulti dalla natura del contratto, essa cessa per la rinunzia di uno dei contraenti. [12]

---

[1] Fr. 4, pr. Dig. *de pactis*, II, 14; fr. 11, § 5, Dig. *de pignorat. act.* VIII, 7; fr. 2, 3, 4, 5, 6, 7. Dig. *in quib. caus. pignus tacite contrah.* XX, 2. Cfr. art 1958 n. 3, ove si concede al locatore un privilegio per i crediti delle pigioni e dei fitti degli immobili.

[2] Fr. 9 § 1 e 4; fr. 19, § 6, Dig. h. t. art. 1578, 1595. Cod. civ.

[3] Fr. 25, § 2, Dig. h t.

[4] Fr. 54, § 1, fr. 56. h. t.

[5] Fr. 7, Dig. *de usu et habit.* VII, 8, cost. 3, Cod. h. t.; Nov. 120, cap. 8, argom. art. 1584 Cod. civ. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 313, nota 2.

[6] Fr. 27, 30, 35 Dig. h. t. art. 1580 Cod. civ.

[7] Cost. 3, Cod. h. t. Il Codice civile italiano non ammette questa causa di scioglimento del contratto.

[8] Il Cod. civ. italiano non ammette per regola locazioni di immobili per un tempo eccedente i trent' anni; art. 1571.

[9] Fr. 13, § 11, Dig. h. t.; cost. 16 Cod. h. t. art. 1591, 1592, 1593, 1594 Codice civile.

[10] Fr. 13, § 11; Fr. 14, Dig. h. t.; cost. 16 Cod. h. t.

[11] Fr. 13, § 11. h. t.

[12] La locazione non cessa per la morte di una delle parti, poichè gli obblighi ed i diritti correspettivi passano agli eredi. Non è nemmeno esatto l'adagio che la vendita del fondo locato sciolga la locazione; perchè anche in tale ipotesi le obbligazioni derivanti dal

LOCAZIONE E CONDUZIONE DI OPERE [1] — *Generalità.* — È quella specie di locazione con cui una delle parti si obbliga a prestare all'altra un *fatto*, un *servigio*, un'*opera* in corrispettività di un prezzo (mercede). Riguardo ai requisiti del contratto, devesi notare specialmente, che il fatto, il quale forma oggetto della locazione d'opere, deve essere *lecito*, *stimabile a contanti e mercenario*; [2] inoltre richiedesi che l'obbligo della prestazione dei servigi non sia perpetuo. [3]

*Effetti del contratto di locazione e conduzione di opere.* — Sono da distinguersi, secondochè: *a*) vengano locate le opere in qualità di domestico o di operaio a giornata (*locatio conductio operarum*); *b*) ovvero venga assunta *per un prezzo determinato* da taluno l'esecuzione di un dato lavoro a cottimo, coll'obbligo di condurlo a termine (*locatio conductio seu redemptio operis*). [4] Nel primo caso il locatore, cioè colui che promette l'opera propria, deve prestarla personalmente: se non adempia a quest'obbligo per dolo o colpa, deve indennizzare il conduttore; se l'inadempimento totale o parziale provenga da caso fortuito, il conduttore non potrà pretendere l'indennizzo, ma d'altra parte il locatore non potrà esigere la mercede che in proporzione della prestazione effettuata. [5] Quando il contratto sia una *redemptio operis*, l'impresario può eseguire il lavoro anche per mezzo di altre persone; [6] egli non risponde dei danni cagionati all'opera assunta da caso fortuito o da forza maggiore, ma è responsabile per ogni grado di colpa; le leggi presumono, sino a prova in contrario, che il danno sia derivato da colpa dell'intraprenditore, quando

---

contratto rimangono inalterate fra il locatore e il conduttore. Se quegli avesse alienata la cosa, senza obbligare il suo successore a rispettare la locazione, il conduttore avrebbe sempre il diritto di sperimentare contro il locatore l'*actio conducti* per essere risarcito, ogniqualvolta il compratore lo avesse espulso dal fondo. V. fr. 25, § 1; fr. 32 Dig. h. t.; fr. 50; Dig. *de jure fisci*, XLIX, 14. Secondo il Cod. civ. il compratore è tenuto a stare alla locazione quando questa sia anteriore alla vendita e ciò risulti o da scrittura di data certa, o dal possesso del conduttore. Art. 1597, 1598.

[1] Vedi Levi, *Della locazione e degli appalti.*

[2] I fatti o servigi, dipendenti da una professione liberale, erano retribuiti con *onorario*, retribuzione che non si confondeva col salario o mercede e che si esigeva in una *extraordinaria cognitio*. Fr. 1, § 6 e 7, 11; Dig. *de extraord. cognit.* L. 13.

[3] *Jus libertatis non debet infringi.* fr. 71, § 2, Dig. de condit. et demonstr. XXXV, 1, art. 1628, Cod. civ.

[4] Art. 1627, Cod. civ.

[5] Fr. 15, § 6; fr. 9, § 1, Dig. h. t. XIX, 2.

[6] Fr. 5, § 1, Dig. *de verb. signif.*, L. 16.

si verificò prima che l'altra parte avesse ricevuto ed approvato l'opera. [1]

*Cause per cui cessa la locazione di opere.* — Esse sono: 1° Il compimento dell'opera o del lavoro promesso; 2° la morte dell' operaio. Quella dell'impresario scioglie il contratto soltanto quando siasi conchiuso avendo in considerazione la sua abilità personale. [2] 3° Per lo spirare del termine stabilito, se le opere furono locate a tempo determinato. [3]

## § 138.

### Società. [4]

*Nozioni e requisiti.* — Il contratto di società è un contratto consensuale sinallagmatico, in forza di cui più persone si obbligano a cooperare, mettendo insieme cose od opere, al conseguimento di un fine lecito e di comune utilità.

I requisiti essenziali di questo contratto riguardano le cose o le opere da conferirsi, lo scopo comune ed il consenso.

Quanto al primo requisito è necessario che ogni socio conferisca qualche cosa nella società; altrimenti rispetto al socio che nulla conferisce si avrebbe donazione, non società. [5] Non si richiede però che tutti i soci conferiscano la stessa specie o la stessa quantità di beni; uno può conferire somme di denaro, altri la propria industria, altri delle merci od un fondo. [6]

Il secondo requisito essenziale alla esistenza della società è il fine lecito e di comune utilità. Una associazione costituitasi per uno scopo illecito per es. per commettere furti non sarebbe una valida società; [7] ogni socio potrebbe riprendere le cose che

---

[1] Fr. 36, Dig. h. t. Cfr. art. 1632-1640 Cod. civ.

[2] Secondo il Cod. civ. anche la morte dell'imprenditore scioglie in ogni caso il contratto: art. 1642, 1643.

[3] Il Cod civ. permette al committente di sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto, quantunque sia già cominciato il lavoro, tenendo indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori e di tuttociò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa (art. 1641).

[4] Inst. lib. III, tit. 25, *de societate;* Dig. lib. XVII, tit. 2 *pro socio*; Cod., lib. IV, tit. 37 *pro socio.* — Arndts-Serafini, *Pandette* § 317 e seg.

[5] Fr. 16, § 1. Dig. *de minoribus,* IV, 4 fr. 5, § 2, Dig. h. t. "donationis causa societas recte non contrahitur."

[6] Fr. 5, § 1; fr. 6 in fine; fr. 29 pr. fr. 52, § 2, pr. fr. 71, fr. 50 in fine. Dig. h. t. Art. 1697 cap. Cod. civ.

[7] Rerum inhonestarum nulla est societas: fr. 57, Dig. h. t. art. 1698. Cod. civ.

avesse conferite, ma non potrebbe chiedere il riparto dei lucri che si fossero conseguiti, talchè di essi profitterebbe il possessore. — Lo scopo della società deve inoltre essere utile; non è necessario però che l'utilità consista in un guadagno, potendo i soci proporsi validamente il conseguimento di altri vantaggi, per es. l'uso comune di una cosa. [1] Infine lo scopo utile deve essere comune a tutti i soci; [2] altrimenti non esiste società, ma piuttosto un mandato.

Riguardo al terzo requisito essenziale, la società, essendo un contratto consensuale, si perfeziona col semplice consenso espresso in qualunque modo od anche tacito. È necessario che le parti convengano in tutti gli elementi necessari a costituire una società, che esista cioè l'*affectio societatis.* [3]

*Diverse specie di società.* — Le società si distinguono anzitutto, riguardo al loro scopo, in *quæstuariæ* e *non quæstuariæ*, secondochè si propongono per fine un lucro, ovvero qualunque altro vantaggio.

Rispetto alle cose conferite si distinguono tre specie di società:

1° *società universali di tutti i beni*; in esse i soci convengono di porre in comune tutti i loro beni presenti e futuri: [4]

2° *società generali dei lucri*, in cui i soci convengono di porre in comune gli acquisti derivanti dai loro guadagni; non debbono pertanto essere comunicati in questa società gli acquisti

---

[1] Fr. 81, Dig. h. t. art. 1698, Cod. civ. Da questo articolo si rileva essere più limitato lo scopo che i soci si possono proporre, secondo il diritto patrio. Si richiede come elemento essenziale che lo scopo consista nel *guadagno* da trarsi dalle cose messe in comune, e nella ripartizione di tale guadagno fra i soci.

[2] Art. 1698 Cod. civ.

[3] Fr. 4. pr. Dig. h. t. Conosciuti i requisiti essenziali del contratto di società è facile distinguerlo dalla comunione. Ogni società suppone una comunione, non ogni comunione presuppone una società. La società è una convenzione e si fonda perciò sulla volontà delle parti, mentre la semplice comunione può aver luogo, oltrechè per convenzione, anche per caso, per disposto di legge o per liberalità di un terzo. — La società inoltre deve avere uno scopo di comune utilità ed é destinata a durare finchè lo scopo sociale non siasi raggiunto; il che non accade nella comunione, di cui ognuno dei comunisti può sempre chiedere lo scioglimento. — In fine nella società si ha considerazione alla persona dei soci, mentre nella comunione non si ha riguardo alla persona dei comunisti; da ciò deriva che la società, e non la comunione, si scioglie per la morte di uno dei suoi membri.

[4] Fr. 3, § 1; fr. 53; fr. 73; fr. 74, Dig. h. t. Nel diritto patrio la società universale di tutti i beni comprende soltanto i beni presenti; però i contraenti possono comprendervi anche i beni futuri, eccetto quelli provenienti da successioni o donazioni, di cui soltanto l'uso e il godimento può forse entrare in società. Art. 1700, 1701, Cod. civ.

a titolo gratuito o provenienti dalla fortuna, piuttostochè dall'attività dei soci; [1]

3° *società particolari* per un certo genere di affari o per una o più cose determinate. [2]

*Diritti ed obblighi dei soci fra loro.* — Ogni socio è tenuto a conferire ciò che ha promesso di porre in comune, e a garantire le cose che ha conferite. [3] La questione se un socio abbia voluto conferire piuttosto il godimento che la proprietà di una cosa, è di fatto anzichè di diritto, e deve risolversi secondo le speciali circostanze del caso. Ogni socio può amministrare gli affari sociali conformemente allo scopo della società, purchè gli altri soci non vi si oppongano. [4] Il socio amministratore è tenuto ad usare quella diligenza che adopera nelle cose proprie; [5] sicchè deve rendere conto della sua gestione, e pagare alla società gli interessi delle somme che impiegò a proprio vantaggio o che conservò troppo a lungo, senza che possa compensare i danni recati alla società coi vantaggi procacciati colla sua industria in altri affari. [6] Ogni socio ha diritto di partecipare ai lucri coll'obbligo di sopportare le perdite. [7] Quando nel contratto di società non siasi determinata la misura in cui ciascuno dei soci debba partecipare ai vantaggi ed alle perdite, la ripartizione degli uni e degli altri fra i soci si fa a porzioni eguali. [8]

I soci però possono stabilire una diversa misura di ripartizione, e possono perfino convenire che uno di essi partecipi ai lucri e non alle perdite. [9] Al contrario sarebbe nulla la società in cui si fosse convenuto che uno dei soci avesse ad essere escluso da qualunque partecipazione ai lucri, e dovesse insieme partecipare alle perdite. [10]

---

[1] Fr. 8: fr. 11; fr. 13 fr. 53: fr. 71, § 1, Dig. h. t. Art. 1702. Cod. civ.

[2] Fr. 5. pr. fr. 63. Dig. h. t. — Art. 1700. Cod. civ.

[3] Fr. 52, § 8 e 13; fr. 58, § 2; fr. 71 pr. Dig. h. t. — Art. 1709 Cod. civ.

[4] Fr. 28, Dig. *comm. divid.* X, 3. — Art. 1723, n. 1. Cod. civ.

[5] Inst. § 9, h. t. III, 25; fr. 52, § 2; fr. 72, Dig. h. t.

[6] Fr. 25, 26, Dig. h. t. — Art. 1714, Cod. civ.

[7] Inst. § 2, h. t. fr. 29, § 1 e 2; fr. 52, § 4 in fine Dig. h. t.

[8] Inst. § 1, h t.; fr. 29 Dig. h. t. Gajo, Comm. III, § 150. Al contrario nell'articolo 1717 il legislatore italiano dispone, che in tale ipotesi la parte di ogni socio è in proporzione di quanto ciascuno ha conferito pel fondo sociale.

[9] Gajo, Comm. III, § 149. — Inst. § 2, h. t. Non concorda con questo principio l'art. 1719 cap. Cod. civ. ove dichiarasi nulla la convenzione per cui i capitali o effetti posti in società da uno o più soci si dichiarassero esenti da qualunque contributo nelle perdite.

[10] Le società di tal genere dicevansi *leonine*; fr. 29, § 1 e 2; fr. 30, Dig. h. t. articolo 1719, Cod. civ.

Per ottenere l'esecuzione delle obbligazioni derivanti dal contratto di società, spetta a ciascuno dei soci contro gli altri l'*actio pro socio*. Il convenuto con questa azione gode del *beneficium competentiæ*; [1] se esso viene condannato per dolo incorre nell'infamia. [2]

*Diritti ed obblighi dei soci verso i terzi.* — Il contratto di società non dà vita ad una persona giuridica distinta dalle persone dei singoli soci; per conseguenza i diritti e gli obblighi che la società ha verso i terzi, si risolvono in quello che ha ciascuno dei soci individualmente. La questione se e quando i soci abbiano diritti od obblighi verso i terzi si risolve secondo i principî generali. Quando un solo socio od alcuni di essi abbiano contrattato coi terzi nell'interesse della società, senza aver avuto facoltà di rappresentare gli altri, il rapporto obbligatorio che ne deriva vincola soltanto quelli fra i soci che l'hanno posto in essere; [3] ed i terzi potranno rivolgersi contro gli altri soci soltanto con *l'actio negotiorum gestorum* o coll'*actio de in rem verso* nei casi in cui queste azioni si possano esercitare. — Quando invece tutti i soci abbiano insieme contrattato coi terzi, ciascuno di essi diviene creditore o debitore verso i terzi in relazione delle porzioni sociali. [4]

*Scioglimento della Società.* — La società finisce: 1° per lo spirare del tempo per cui fu contratta; [5] 2° pel compimento dell'affare che ne costituiva l'oggetto; [6] 3° per la volontà comune di tutti i soci; [7] per la rinunzia di uno o più soci, quando la durata della società sia senza limite, purchè la rinunzia non sia fatta fuori di tempo, nè coll'intenzione di privare la società di un vantaggio che avesse diritto di aspettarsi. [8] Ove al contrario la durata della società sia limitata ad un certo tempo, il socio che rinunzia libera bensì gli altri verso di lui, non sè stesso verso gli altri soci, a menochè non possa addurre a suo favore gravi motivi. [9] — *Indidipendentemente dalla volontà dei soci* si scioglie la società: 1° per

---

[1] Inst. § 28 h. t. fr. 63, pr. § 1 e 7 Dig. h. t. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 225.

[2] Fr. 1; fr. 6. § 6. Dig. *de his qui notantur infamia.* III, 2.

[3] Fr. 82, Dig. h. t. Art. 1726, 1728. Cod. civ.

[4] Fr. 5 pr. *de exerc. act.* 14, 1; fr. 44 § 1 *de ædil. ed.* 21, seg. Secondo il Cod. civ. *art.* 1727 ciascun socio è obbligato per porzioni virili.

[5] Fr. 65, § 6, Dig. h. t. Art. 1729, n. 1. Cod. civ.

[6] Fr. 65, § 10. Dig. h. t. Art. 1729, n. 2. Cod. civ.

[7] Fr. 65, § 3. Dig. h. t.

[8] Inst. § 4, h. t. fr. 65. § 3. Dig. h. t. Art. 1729. n. 5, 1733, 1734. Cod. civ.

[9] Fr. 14, 15, 16, 65 § 6. Dig. h. t. Art. 1735. Cod. civ.

la morte, per la *capitis diminutio Maxima* o *Media*, per il fallimento o la confisca dei beni di uno dei soci; [1] 2° per qualsiasi avvenimento, che renda impossibile conseguire lo scopo sociale. [2]

## § 139.

### Mandato [3]

Nozione e requisiti. — Il mandato (da *manum dare*) è un contratto consensuale, in forza del quale una persona (*mandatario*) si obbliga verso un'altra (*mandante*) a trattare gratuitamente un qualche affare, di cui quest'ultima l'incarica. [4]

I requisiti del mandato sono tre: il consenso, un affare da compiersi e la gratuità.

1° *Il consenso.* Il mandato, essendo un contratto consensuale si perfeziona col solo consenso, sia espresso che tacito, senza bisogno di alcuna formalità; [5]

2° *L' affare* oggetto del mandato deve essere lecito ed onesto; [6] deve essere certo e giuridicamente possibile ad eseguirsi dal mandatario. Di più è necessario che l'affare sia da eseguirsi e non già eseguito, [7] e che sia tale da potersi ritenere che il mandante lo faccia egli stesso per mezzo del mandatario. [8] Infine l'affare non deve interessare esclusivamente il mandatario; altrimenti costituirebbe un semplice consiglio senza efficacia giuridica; [9]

3.° *La gratuità* è un requisito essenziale del mandato; se viene pattuito un compenso per i servigi che il mandatario dovrà prestare al mandante, il contratto degenera in una locazione di opere. [10]

Si distinguono varie specie di mandato. Rispetto alla manifestazione del consenso, il mandato, come vedemmo, può essere

---

[1] § 4. 8 Inst. h. t.; fr. 63, § 10 Dig. h. t. Art. 1729, n. 3 e 4 Cod. civ.

[2] Fr. 63, § 10; fr. 58 pr. fr. 15. Dig. h. t. Art. 1729, n. 2 Cod. civ.

[3] Inst. III, 26 de mandato; Dig. XVII, 1 mandati vel contra — Arndts-Serafini, *Pandette*, § 293 e seg.

[4] Art. 1737 Cod. civ.

[5] Fr. 53, Dig. h. t. Cod. civ. art. 1738.

[6] Rei turpis nullum mandatum est. fr. 6, § 3; fr. 12, § 11, Dig. h. t.

[7] Fr. 12, § 14, Dig. h. t.

[8] Fr. 10, § 4. Dig. h. t.

[9] Fr. 2, pr. § 6, Dig. h. t.

[10] Interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit (fr. 1, § 4 Dig. h. t.). Al contrario secondo il Codice civile italiano, la gratuità è un requisito che si riferisce alla natura, non all'essenza del mandato (art. 1737-1739).

espresso o tacito. La ratifica equivale al mandato espresso. [1] Relativamente all'estensione dell'affare, il mandato può essere *speciale*, se ha per oggetto un solo affare o più affari determinati; [2] *generale*, se il mandatario deve trattare un complesso d'affari, [3] o tutti gli affari del mandante (procurator omnium bonorum). [4] Finalmente il mandato, rapporto alla persona nel cui interesse è dato, si distingue in *semplice* e misto; è semplice quando torna utile al solo mandante; è misto, quando ridonda a vantaggio, o del mandante e di un terzo, o di tutte tre queste persone insieme. [5]

EFFETTI DEL MANDATO FRA MANDANTE E MANDATARIO. — Il mandato è un contratto di sua natura unilaterale, perchè uno solo dei contraenti, il mandatario, resta direttamente e necessariamente obbligato. Egli deve cioè eseguire l'incarico che il mandante gli ha dato. A tale scopo spetta al mandante l'*actio mandati*. Però l'esecuzione del mandato può accidentalmente far sorgere alcune obbligazioni del mandante verso il mandatario: questi può esigerne l'adempimento coll'*actio mandati contraria.* [6]

Esaminiamo più particolarmente le obbligazioni del mandatario e del mandante.

*Obbligazioni del mandatario.* — Gli obblighi del mandatario si riducono ai due seguenti: 1° deve eseguire l'incarico avuto, secondo l'indole del medesimo e le istruzioni avute. [7] Se eccede i limiti del mandato, non obbliga il mandante.. [8] Può di regola sostituire a sè altra persona nell'esecuzione del mandato, ma rimane sempre responsabile verso il mandante, e tra il sostituito e

---

[1] Ratihabitio pro mandato habetur. fr. 50, Dig. h. t.; fr. 60. Dig. de reg. juris.

[2] Fr. 1, Dig. de procurat. III, 3; fr. 12. pr. Dig. de solut. XLVI, 3.

[3] Fr. 60, Dig. de procurat.

[4] Fr. 6, § 6, Dig. h. t.; fr. 12 pr. de solut. XLVI, 3.; fr. 12, Dig. de pactis II, 14. Il mandatario, quantunque abbia ricevuto l'incarico di trattare tutti gli affari del mandante, non può per regola domandare a nome del mandante la restituzione in intiero (fr. 25, § 1, Dig. de minor. IV, 4), concludere una transazione o deferire il giuramento decisorio. (fr. 50 Dig. de procur. III, 3; fr. 17, § 3, Dig. de jurejur. XII, 1). Secondo il Codice civile italiano il mandato di eseguire tutti o alcuni affari del mandante non comprende che gli atti di amministrazione quando è concepito in termini generali (art. 1741).

[5] Tit. 4. Inst. III, 26. Del mandatario *in rem propriam* si è parlato al § 121.

[6] Ambedue queste azioni erano infamanti.

[7] § 11, pr. Inst. h. t.; fr. 5, § 1: fr. 22, § 11, Dig. h. t.

[8] Fr. 5, pr.: § 1, Dig. h. t. Diligenter fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit aliud quid facere videtur.

il mandante non sorge alcun rapporto obbligatorio; [1] 2° Deve render conto al mandante della sua gestione e restituirgli tutto ciò che ha ricevuto per suo conto. [2] Nell'adempimento delle sue obbligazioni il mandatario è responsabile, non solo del dolo e della colpa lata, ma anche della colpa lieve, quantunque non ritragga alcun vantaggio dal contratto. [3]

*Obbligazioni eventuali del mandante.* — Il mandante può essere obbligato:

1° A rimborsare le spese e le anticipazioni che il mandatario avesse fatto nell'esecuzione leale del mandato, anche quando il risultato dell'affare non sia stato soddisfacente per circostanze non imputabili al mandatario; [4] 2° A tenere indenne il mandatario delle perdite sofferte come conseguenza *necessaria* degli assunti incarichi, [5] e a pagare al medesimo gli interessi delle somme da esso anticipate; [6] 3° A liberare il mandatario da tutte le obbligazioni che avesse per avventura contratte nell'esecuzione del mandato. [7] Anche il mandante è responsabile di ogni grado di colpa.

Effetti del mandato fra i contraenti e i terzi. — In gius nuovo il mandante ha una azione utile contro i terzi per esigere l'esecuzione delle obbligazioni da essi conchiuse col mandatario. Alla loro volta i terzi potevano agire o *direttamente* contro il mandatario, che restava verso di essi personalmente obbligato, o *utiliter* contro il mandante. [8]

---

[1] Fr. 21, § 3; fr. 28 Dig. de negotiis gestis. III, 5. Diversamente dispone il Codice civile nell'art. 1748.

[2] Fr. 46, § 4. Dig. de procuratoribus, III, 3, fr. 18, § 2, § 8; fr. 20. pr. Dig. h. t.

[3] Fr. 8, § 10, fr. 10, § 1; fr. 44. Dig. h. t. Secondo il Codice civile italiano, la responsabilità del mandatario relativamente alla colpa è applicata meno rigorosamente, quando il mandato è gratuito, che quando è salariato (art. 1746, cap.).

[4] Fr. 12, § 9; fr. 56, § 4. Dig. h. t.; fr. 56, § 4. Dig. h. t.; cost. 4. Cod. cod. IV, 35. art. 1753 Cod. civile.

[5] Fr. 26, § 6. Dig. h. t. XVII, 1; fr. 61, § 5. Dig. de furtis XLVII, 2. Secondo l'art. 1754 del Codice civile l'obbligo del risarcimento si estende anche alle perdite sofferte *per occasione* del mandato: tale estensione non era ammessa nel diritto romano (fr. 26, § 7, Dig. h. t.).

[6] Fr. 12, § 9. Dig. h. t. Art. 1755 Cod. civ.

[7] Fr. 45, pr., § 1-5. Dig. h. t. Arg. art. 1752, 1754 Codice civ.

[8] Fr. 31 pr. Dig. de negotiis gestis III, 5; fr. 10, § 5, Dig. mandati 17. 1. Vedi § 107, pag. 17. Secondo il Codice civile italiano il mandatario che agisce in nome del mandante non resta personalmente obbligato verso i terzi coi quali contratta; questi possono agire soltanto contro il mandante, ed alla sua volta il mandante esercita le sue azioni direttamente contro di loro.

ESTINZIONE DEL MANDATO. — Il mandato si estingue:

1° per l'adempimento dell'incarico;

2° per la concorde volontà delle parti;

3° per la morte del mandante o del mandatario, essendo il mandato un contratto in cui si ha speciale riguardo alla persona dei due contraenti; [1]

4° per revoca del mandante, purchè sia fatta *re integra*. Se l'affare era già cominciato, la revoca vale sempre ad impedire la continuazione; ma il mandante deve tenere indenne il mandatario delle spese anticipate e dei danni sofferti; [2]

5° per rinunzia del mandatario. Quando fosse fatta dopo aver cominciato l'esecuzione del mandato (*re non integra*), ed il mandatario non potesse addurre giuste ragioni per rinunziare, resterebbe tenuto per tutti i danni che il mandante potesse soffrire. [3]

## CAPO XI.

### CONTRATTI INNOMINATI.

### § 140.

#### Dei contratti innominati in generale. [4]

I contratti dei quali trattammo nei quattro capi precedenti, cioè i contratti verbali, letterali, reali e consensuali, si chiamano *nominati*; essi erano forniti di azione già nel diritto antico. Ma vi possono essere molte convenzioni che hanno per oggetto prestazioni reciproche delle parti contraenti e che, senz'essere assolutamente identiche ad alcuno dei contratti nominati, hanno però coi medesimi una certa somiglianza, come, per esempio, la permuta che somiglia alla compera e vendita. Siffatta convenzione, siccome non apparteneva a nessuna categoria dei contratti nominati,

---

[1] § 10 pr. Inst. h. t. Il mandatario però può esercitare l'*actio mandati contraria* contro gli eredi del mandante, se ha continuato l'affare, quando non sapeva che il mandante era morto. Cf. art. 1762 Cod. civile. È inoltre tenuto a terminare l'affare già cominciato all amorte del mandante, se dal ritardo possa derivare pericolo (art. 1745 l. 6).

[2] I. § 9 Inst. h. t.; fr. 12, § 16. Dig. h. t. È valido però ciò che fa il mandatario in esecuzione del mandato, dopo la revoca, ma prima che la revoca stessa sia pervenuta a sua notizia; fr. 15, Dig. h. t. Art. 1762 Cod. civile.

[3] § 11, Inst. h. t. fr. 22 § 11; fr. 23-25; fr. 27, § 2 Dig. h. t. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 235; Art. 1761 Cod. civile.

[4] Dig. 19, 5 de præscript. verbis. Vedi ACCARIAS *De contr. innomés.*

non produceva nel diritto antico alcuna obbligazione civile e quindi nessuna azione; ma in progresso di tempo si formò il principio che quella delle parti, che dal canto suo avesse eseguito la convenzione, potesse intentare un'azione contro l'altra per costringerla ad eseguire essa pure l'obbligazione che si era imposta. Così per esempio chi aveva dato una cosa ad alcuno verso la promessa di averne in cambio un'altra poteva agire verso quest'ultimo per ottenere l'esecuzione della sua promessa.

La *causa* sufficiente per far nascere un'obbligazione civile si trovò nella somiglianza che tali convenzioni avevano coi contratti nominati, congiunta all'effettiva prestazione già eseguita da una delle parti; ma per la immensa latitudine di questo principio e per la grande varietà di cui simili convenzioni erano capaci, non sembrò nè conveniente nè possibile dare un nome proprio e speciale a ciascuna di esse. I giureconsulti romani si limitarono a classificarle in un modo assai generale giusta il tenore del loro obbietto, secondochè le prestazioni convenute consistevano in un reciproco dare o fare, od in un dare da una parte ed in un fare dall'altra. [1] I moderni le comprendono sotto l'espressione di contratti *innominati*.

Alla formazione di un contratto innominato sono necessarie le seguenti tre condizioni. In primo luogo si richiede che una prestazione sia stata fatta da una persona ad un'altra; [2] in secondo luogo che codesta prestazione sia fatta allo scopo di eseguire una convenzione anteriore o concomitante, e che questa convenzione obblighi l'altra parte ad effettuare una prestazione reciproca; [3] e finalmente si richiede che la convenzione non costituisca un contratto nominato. [4]

Dalle cose dette risulta che il contratto innominato non è che una trasformazione di una convenzione sinallagmatica che, in ori-

---

[1] Vedi più sopra § 105, pag. 11.

[2] Questa prestazione consisterà sempre in un *dare* (trasferimento di proprietà) o nell'esecuzione di un fatto (*facere*).

[3] Questa prestazione reciproca consisterà essa pure in un *dare* o in un *facere*. Avuto riguardo che la prima prestazione non è effettuata che in vista di ottenerne un'altra, si dice ch'essa è fatta *ob rem* (fr. 5 pr fr. 8 h. t).

[4] Così per esempio la compra e vendita non entra nella classe dei contratti innominati: eseguita, o no, essa obbliga tostochè vi ha accordo sulla cosa e sul prezzo. Così pure il mutuo non potrà mai entrare nella classe dei contratti innominati. Ed in fatti: o la numerazione del danaro non ha avuto luogo, ed allora manca la prestazione necessaria per costituire il contratto innominato; o il danaro è stato numerato, ed allora esiste un contratto nominato.

gine destituita di azione, è stata eseguita dall'una delle parti ed in conseguenza è divenuta obbligatoria per l'altra. Fino a tanto che la convenzione resta ineseguita da entrambe le parti, il diritto romano, fedele al suo principio, non ne tien conto: ma eseguita che sia da una delle parti, questa ha l' *actio praescriptis verbis* per chiederne l'adempimento anche dall'altra parte. Che se quest'ultima non eseguisce la sua promessa, colui che diede qualche cosa in vista della controprestazione mancata, può ripetere ciò che diede mediante la *condictio causa data causa non secuta.* [1]

## § 141.

### Principali contratti innominati.

Alcuni contratti innominati d'una applicazione più frequente ebbero una denominazione speciale: tali sono la permuta, il contratto estimatorio ed il precario.

*Permuta.* [2] La permuta è quel contratto per cui uno riceve una cosa da un altro e si obbliga a darne un'altra in sua vece. — Essa ha grande analogia colla compera e vendita, ma se ne distingue per le ragioni seguenti:

1° Il venditore non è tenuto che a trasferire il pacifico possesso della cosa; i permutanti invece sono obbligati a trasferirsi reciprocamente la proprietà delle cose permutate; [3]

2° Nella permuta la tradizione della cosa trasferisce la proprietà nell'accipiente, quand'anche questi si astenesse dal dare alla sua volta in contraccambio ciò che deve; nella compera e vendita al contrario il compratore non acquista di regola la proprietà finchè egli non ha sborsato il prezzo;

3° La permuta, come contratto innominato, contiene implicitamente la condizione risolutiva tacita, garantita dalla *condictio causa data causa non secuta*, pel caso che l'altra parte non adempia la sua obbligazione, mentre colla compera e vendita l'inesecuzione del contratto non autorizza a chiederne la risoluzione, e dà diritto unicamente ad ottenere un risarcimento di danni; [4]

---

[1] Fr. 5, § 1; fr. 7 h. t. Fr. 1 pr. § 4; fr. 4 § 1-3; fr. 5, 11, 16, XII, 4.

[2] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 308.

[3] Fr. 1 pr. h. t. Di qui viene che i permutanti possono agire in garanzia l'uno contro l'altro sebbene non sia peranco intervenuta l'evizione.

[4] Il Cod. civ. it. riconosce la condizione risolutiva come sottintesa in tutti i contratti bilaterali (art. 1165).

4° Nella permuta viene data una cosa per averne un'altra, nella compera e vendita una cosa per avere del denaro contante; [1]

5° In diritto romano la permuta, a differenza della compravendita, non era perfetta che mediante la tradizione; [2]

6° Nella permuta non ha luogo la rescissione per lesione enorme. [3]

*Contratto estimatorio.* — Il contratto estimatorio è quel contratto innominato, mediante il quale si dà a taluno una cosa, affinchè la venda per un prezzo determinato, e procuri quel prezzo al tradente, ovvero gli restituisca la cosa. [4]

*Del precario.* — Il precario è quel contratto mediante cui taluno concede ad un altro l'uso gratuito di una cosa, colla facoltà di rivocarlo a suo piacimento. [5]

## CAPO XII

### DEI PATTI

### § 142.

#### Patti adietti. [6]

Una convenzione che per se stessa non è civilmente obbligatoria può divenirlo come patto accessorio d'un contratto civilmente riconosciuto. In tal caso il patto è una parte integrante del contratto principale, ed è garantito dalla medesima azione; donde la regola « *pactum inest contractui.* » Il diritto romano ammette ciò in modo assoluto pei patti che limitano la obbligazione, ma i patti che la estendono non operano di pien diritto che sotto due condizioni:

1° che il contratto principale sia di buona fede;

2° che il patto accessorio sia stato aggiunto al momento in cui fu conchiuso il contratto principale.

I più importanti patti adietti sono:

---

[1] § 2 Inst. III, 23.

[2] Fr. 1 § 2 h. t. Nel diritto moderno la permuta si perfeziona mediante il semplice consenso, e quindi non ha più luogo la *condictio causa data causa non secuta*, e il pericolo della cosa passa senz'altro all'acquirente (Cod. civ. it. art. 1549).

[3] Art. 1554 Cod. civ.

[4] Fr. 1 de æstim. 19, 3. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 290.

[5] Fr. 1 pr. § 8; e fr. 12, § 1 de prec. 43, 26. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 284.

[6] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 249.

1° il patto di ricompra, *pactum de retrovendendo*, con cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, sia al medesimo prezzo, sia mediante il pagamento di un altro prezzo, determinato o da determinarsi; [1]

2.° il patto di prelazione, *pactum protimiseos*, per cui le parti convengono che qualora il compratore rivenda la cosa, il venditore abbia la preferenza sopra ogni altra persona, a parità di condizioni; [2]

3.° il patto del migliore compratore, *addictio in diem*, per cui le parti convengono che la vendita sarà considerata come non avvenuta se il venditore desidera profittare di un'offerta migliore; [3]

4° il patto commissorio, *lex commissoria*, col quale si fa dipendere la validità del contratto dal pagamento del prezzo entro un determinato tempo, o da altra circostanza; [4]

5° il patto di pentimento, *pactum displicentiae*, col quale una delle parti od anche ambedue si riservano di recedere a piacimento dal contratto; [5]

6° il patto di non vendere, *pactum de non alienando*, pel quale il compratore di una cosa si obbliga a non venderla o assolutamente o ad una persona determinata; [6]

7° il patto anticretico, mediante cui il debitore concede al creditore l'uso o il godimento di una cosa invece di pagargli gli interessi. [7]

## § 143.

### Patti pretorii. [8]

Sono patti pretorii quelli che il pretore ha muniti di azione. I più importanti sono il patto d'ipoteca, il costituto, il *receptum arbitrii*, il *receptum nautarum* et *cauponum*.

---

[1] Fr. 12 praescr. verb. 19, 5; c. 2, 7 de pact. int. emt. et vend. 4, 54; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 301.

[2] Pr. 75 da contr. emt. 18, 1; fr. 21 § 5 de act. emt. 19, 1; ARNDTS-SERAFINI, l. c.

[3] Fr. 1, 2 pr.; fr, 4 § 5 de in diem addict. 18, 2. Il patto del miglior compratore può essere apposto quale sospensiva della vendita, o quale condizione risolutiva. In dubbio si ritiene che sia stato apposto come condizione risolutiva (fr. 4 § ult.; fr. 5, 14, § ult.; fr. 1, § 1 h. t. 18, 2). ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 308.

[4] Anche pel patto commissorio vale quanto fu detto nella nota precedente (fr. 1, de lege commiss. 18, 3; fr. 2 § 3 pro emtore 41, 4). ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 306.

[5] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 229.

[6] C. 7 Cod. de reb. alien. non alien. 4, 41; c. 9 de pact. int. emt. et vend 4, 54.

[7] C. 14 e 17 Cod. de usur. 4, 32. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 381.

[8] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 232.

*Patto d'ipoteca.* — Con esso si concede al creditore un'ipoteca in garanzia del suo credito. Fra il patto d'ipoteca e il contratto di pegno v'ha questa essenziale differenza, che quello è indipendente dalla consegna della cosa. [1]

*Costituto.* — È quel patto col quale taluno corrobora di fronte ad un creditore l'esecuzione di un debito già esistente. Questo debito può essere del costituente medesimo o di un'altra persona: di qui la divisione di *constitutum debiti proprii* e *constitutum debiti alieni.* [2] Il primo serve specialmente a dare forza civilmente efficace ad una obbligazione naturale, od a fissare un altro termine ed un altro luogo di pagamento. — Il secondo è una specie di intercessione. [3]

*Receptum arbitrii.* — L' accettazione fatta da un arbitro dell'incarico di giudicare una controversia fra due litiganti, che costoro di comune accordo gli sottopongono, dà vita all'obbligazione di pronunziare siffatto giudizio. [4]

*Receptum nautarum et cauponum.* L'albergatore, l'oste, il capitano di nave, che ricevono nella loro respettiva locanda, osteria, o nave, merci o bagagli, o che ve li fanno ricevere dai loro dipendenti, contraggono in forza dell'editto pretorio l'obbligo rigoroso di rispondere di qualunque danno o furto, che colpisse le cose che essi hanno in custodia, semprechè il danno non provenga da colpa degli stessi viaggiatori o da forza maggiore. [5]

## § 144.

### Patti legittimi.

I patti, che volgarmente si chiamano legittimi, sono quelli rivestiti di azione dalle costituzioni imperiali. I più importanti fra essi sono il compromesso, il patto dotale, [6] e il patto di donazione.

*Compromesso.* — Il compromesso è una convenzione per la quale due o più persone si obbligano a sottoporre la decisione di una lite insorta fra loro, o che è per insorgere, al giudizio

[1] Vedi § 135 e *Parte prima*, § 94, p. 240. Arndts-Serafini, *Pandette* § 306.
[2] Fr. 5, § 2 de pec. const. 13, 5. Arndts-Serafini, *Pandette* § 240, 351, 353.
[3] Ne parleremo al § 148.
[4] Dig. IV, 8. — Vedi appresso § 144, p. 95-96. Arndts-Serafini, *Pandette* § 270.
[5] Fr. 1. Dig. IV, 9. Arndts-Serafini, *Pandette* § 289.
[6] Di questo tratteremo al libro IV (§ 164).

di un terzo, che ha nome di arbitro. [1] Le parti devono obbedire alla decisione dell'arbitro, detta *arbitrium* o *laudum*. A Roma solevasi adoperare la stipulazione di una penale per dar forza al compromesso.

In difetto di tale stipulazione, la sentenza dell'arbitro produceva una eccezione soltanto; ma in virtù di una costituzione di Giustiniano, qualora il lodo fosse sottoscritto dalle parti o non venisse attaccato nei dieci giorni successivi alla sua pronunzia, il reluttante ad osservarlo poteva essere costretto a farlo mediante un'actio in factum. [2]

*Patto di donazione.* — La donazione in senso lato è ogni concessione gratuita di diritti patrimoniali, che alcuno fa ad un altro allo scopo di addimostrargli benevolenza, senza che alcun dovere giuridico ve lo costringa. In istretto senso poi è quell'atto giuridico, con cui taluno, mediante la diminuzione del suo e coll'intenzione di beneficare, aumenta il patrimonio d'un altro che accetta il beneficio. La donazione può effettuarsi in più modi, cioè trasferendo ad altri un diritto reale, cedendo un'azione personale a favore del donatario, liberandolo da un debito e via dicendo. Ma tutte queste specie di donazioni non costituiscono il patto di donazione, cioè la promessa di donare qualche cosa ad un'altra persona. Nel diritto antico una simile promessa, per essere civilmente efficace, doveva farsi mediante la forma solenne della stipulazione; [3] ma Giustiniano stabilì che la semplice pro-

---

[1] Fr. 1 de recept. 4, 8. (Vedi il § precedente). Arndts-Serafini, *Pandette* § 270, 359.

[2] C. 4, § 4 e c. 5 Cod. de recept. II, 56; Nov. 82, c. 11.

[3] I costumi e le leggi romane si mostrarono sempre molto severi riguardo alle donazioni, e le circondarono di numerose restrizioni, tra le quali va specialmente notata la celebre *Lex Cincia de donis et muneribus* dell'anno 550 di Roma, la quale vietò le donazioni superiori ad una certa somma, e stabilì che dovessero conchiudersi nella forma della mancipazione, nel doppio intento di provvedere agli interessi degli eredi legittimi e porre un argine alle inconsulte elargizioni colle quali il donatore si impoveriva. Nè questa legge fu mai esplicitamente abolita: certo essa era ancora in vigore ai tempi di Costantino; ma è probabile che i mutamenti operatisi nel trasferimento del dominio, e in specie la scomparsa della *mancipatio*, la facessero andare in dimenticanza. — Intanto, per dare più autenticità alle donazioni, si era a poco a poco introdotta la pratica di redigerle in iscritto, o farle trascrivere nei pubblici registri. Costanzo Cloro ridusse questa consuetudine a legge, e Costantino estese e generalizzò il provvedimento di suo padre, esigendo che una donazione per esser perfetta dovesse riunir sempre le tre condizioni seguenti, cioè: tradizione della cosa alla presenza di testimoni, redazione dell'atto in iscritto e sua registrazione (insinuazione). Questa legge di Costantino fu poi seguita da altre costituzioni imperiali che la confermarono o la modificarono (Vedi Schupfer, *Obblig.* p. 424; Arndts-Serafini, *Pand.*

messa di donare fosse valida, e la munì di un' azione per esigerne l' adempimento: [1] soltanto quando superasse i 500 solidi, essa doveva venire insinuata, sotto pena di nullità per tutto quanto eccedesse quella somma. [2]

## § 145.
### Patti nudi. [3]

Diconsi *nudi* quei patti, i quali, secondo le idee romane, non producevano un' azione, ma soltanto una eccezione. Per dare efficacia civile a questi patti non c' era anticamente altra via che quella di revestirli della forma della stipulazione. In progresso di tempo riconosciuti obbligatorî i contratti innominati, bastò all' uopo, che una parte eseguisse la prestazione cui si era obbligata. [4]

Fra i patti nudi meritano speciale menzione quelli coi quali si conviene di fare un contratto, la transazione, il giuoco e la scommessa.

*Transazione.* — È quel patto col quale le parti, facendosi delle reciproche concessioni, si accordano sopra qualche pretesa litigiosa o incerta. [5]

La transazione può avere per oggetto il riconoscimento o l'estinzione totale o parziale del credito, od anche produrre o mettere fuori di contesa una obbligazione di una delle parti ad una prestazione determinata. La transazione che contiene la rinunzia ad un credito o a parte di esso libera il debitore come se la controversia fosse stata decisa da una sentenza (C. 20 Cod. de transa ct. 2 15). La transazione può essere impugnata per dolo o per l' inesattezza di ciò che era stato supposto certo dai con-

---

§ 80 e seg.). — Giustiniano andò nella via opposta, e, sotto certe restrizioni, accordò efficacia civile anche al semplice patto di donazione, che appunto per questo è diventato un patto legittimo (C. 36 § 3; Cod. 8, 54). Consulta Arndts-Serafini, *Pandette,* l. c. pag 124-132 Anche il Codice italiano mostrossi severo riguardo alle donazioni, esigendo per la loro validità l' atto pubblico e l' accettazione, ed assoggettandole a facili casi di rivocazione o riduzione *(art.* 1050-1096).

[1] La così detta *condictio ex lege 35. Cod. de donat.* (Arndts-Serafini, *Pand.* §. 81, nota 6, e §. 279). Il donante risponde unicamente della colpa lata, e non può essere costretto a pagare gli interessi moratorî: di più esso può invocare il *beneficium competentiae* (fr. 22 de donat, 39. 5)

[2] C. 34, 35 *de donat.* 8, 54. — Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 81.

[3] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 232.

[4] Vedi più sopra § 140, pag. 90-91.

[5] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 269

traenti, non mai perchè in appresso sia venuta meno l'incertezza dalla quale ebbe origine.

*Giuoco e scommessa.* [1] — Un senatoconsulto proibì di giuocare a danaro salvo nei giuochi di coraggio e di destrezza. I giuochi proibiti sono tanto odiosi alla legge, che non solamente non havvi azione per esigere la vincita, ma ben'anco chi perde ha la facoltà di ripetere colla condictio indebiti quello che ha pagato. [2] Le scommesse in sè sono valide, quando non siano fatte per cause disoneste e non siano dolose, e non abbiano luogo nei giuochi proibiti. I giuochi e le scommesse non proibiti davano vita ad una obbligazione naturale, cui per dare efficacia civile era necessario aggiungere la stipulatio, o trasformarli in un contratto innominato, consegnando cioè ad una delle parti la somma scommessa o la posta del giuoco. Più comunemente solevansi deporre e l'una e l'altra nelle mani di un terzo, che le teneva in deposito o in sequestro per consegnarle al vincitore.

## CAPO XIII

### CONVENZIONI ACCESSORIE DIRETTE AD ASSICURARE L'ESECUZIONE DI UNA OBBLIGAZIONE.

### § 146.

**Delle intercessioni in generale.** [3]

Di alcune convenzioni accessorie dirette ad assicurare l'esecuzione di un' obbligazione, quali, ad esempio, il contratto di pegno, il patto d'ipoteca, il giuramento promissorio, la caparra e la pena convenzionale, abbiamo già parlato in luogo più opportuno: [4] qui parleremo delle varie specie di intercessione.

Il vocabolo *intercessio*, nel senso volgare e generale, comprende ogni intervento d'una persona in favore di un'altra; ma nel significato tecnico e proprio s'intende per intercessione l'atto

---

[1] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 236, 303.

[2] Fr. 2, § 1 de aleat. 11, 5; c. 1 Cod. 3, 44. — Il Cod. civ. it. non accorda veruna azione pel pagamento di un debito di giuoco o di scommessa *(art.* 1802*)*; ma a differenza del diritto romano vieta al perdente di ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi frode o dolo, e purchè il perdente non sia di minore età, interdetto od inabilitato *(art.* 1804*)*. Eccettua poi dalla regola generale i giuochi che contribuiscono all'esercizio del corpo, accordando tuttavia facoltà al giudice di rigettare la domanda quando la somma impegnata nel giuoco o nella scommessa sia eccessiva (art. 1803)

[3] Vedi §§ 108, 135, 143.

[4] Vadi Arndts-Serafini, *Pandette* § 359 e seg.

pel quale taluno, senz'esservi obbligato, si assume il debito di un altro. Essa dicesi intercessione privativa o cumulativa, secondo che l'intercedente assume il debito altrui in luogo del vero debitore, o si obbliga insieme con lui accedendo alla sua obbligazione.

L'intercessione cumulativa, di cui solo qui ci occupiamo, è doppia: l'intercedente, cioè, può accedere all'obbligazione altrui in modo da essere obbligato col debitore primitivo in linea uguale, come nel caso della correalità,[1] o soltanto in seconda linea come nella fideiussione, nel costituto di debito altrui, e nel mandato qualificato.

## § 147.

### Della fideiussione.[2]

*Nozione e storia.* — La fideiussione è una promessa, fatta colla forma della stipulazione a securtà del creditore di pagare il debito di altra persona nel caso che questa non lo paghi nel termine stabilito.

Avuto riguardo alla formula adoperata nella stipulazione, si distinguevano, secondo l'antico diritto, la *sponsio*, la *fideipromissio* e la *fideiussio;*[3] le due prime andarono in disuso, cosicchè nel

---

[1] Vedi più sopra § 114, pag. 20 e seg.

[2] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 349 e seg.

[3] Gli sponsori e fidepromissori non potevano accedere se non ad un contratto verbale (Gai III, 119), mentre la fideiussione era applicabile anche ai contratti reali, letterali e consensuali. L'obbligazione degli sponsori e dei fidepromissori era strettamente personale e non passava nemmeno agli eredi; quella dei fideiussori invece si trasmetteva agli eredi. — Tra più sponsori e fidepromissori non c'era che una specie di società stabilita dalla legge Apuleja, di maniera che se l'uno aveva pagato più della sua parte, egli poteva ripetere il di più dagli altri: anzi più tardi la *Lex Furia de sponsu* determinò che la loro obbligazione dovesse dividersi di pien diritto, sicchè ciascuno fosse responsabile solo di una parte proporzionale al loro numero. (Gai. 121-122). Invece più fideiussori erano anticamente obbligati in solido, nè avevano alcuna azione di regresso; e solo Adriano accordò loro il beneficio di divisione; per cui ogni singolo confideiussore può pretendere di non essere escusso che per la sua parte; purchè gli altri confideiussori sieno presenti e solventi (Gai. 121). La legge *Furia de sponsu* aveva introdotto anche un'altra distinzione, limitando le obbligazioni degli sponsori e dei fidepromissori a due anni, mentre quelle dei fideiussori erano perpetue. — Un'altra legge stabilì che il creditore, il quale accettava degli sponsori o fidepromissori, dichiarasse pubblicamente, e prima di accettarli, per quale oggetto li riceveva e quanti ne avrebbe ricevuti; in difetto di che essi potevano chiedere di essere liberati dall'obbligazione (Gai. 123). Tale disposizione non valeva per la fideiussione. — Una particolarità della *sponsio* era una più rigorosa azione di regresso introdotta dalla legge Publilia. Questa legge accordò allo sponsore, che aveva pagato e che dentro sei mesi non era stato rimborsato, l'*actio depensi*, la quale ammetteva senz'altro la *manus iniectio*, e il debitore rispondeva del doppio (Gai. III. 127; IV, 22, 25, 102, 186). — Una legge Cornelia, attribuita a Silla, proibì sotto pena di nullità che taluno si obbligasse pel medesimo debitore verso lo stesso creditore oltre ventimila sesterzi in un anno (Gai. 124-125); ma in seguito questa restrizione disparve (fr. 49, § 1 *de fidej.* 46, 1).

diritto giustinianeo la fideiussione è l'unica forma di far sicurtà per mezzo della stipulazione.

*Varie specie di fideiussione.* — I fideiussori si obbligano a pagare, talvolta la totalità del debito, tal altra soltanto la porzione che il creditore non riesce a riscuotere dal debitore principale: in quest' ultimo caso si parla di *fideiussores indemnitatis.* Inoltre si può essere fideiussore immediato, o soltanto fideiussore succedaneo. Quest' ultimo fa sicurtà al creditore pel fideiussore o la fa al fideiussore pel debitore principale. [1]

*Requisiti della fideiussione.* — La fideiussione presuppone sempre la esistenza di un' obbligazione principale, la quale del resto può essere civile o naturale, presente o futura, liquida od illiquida. Dalla natura accessoria della fideiussione risulta che essa non può mai riferirsi ad un obietto diverso da quello dell' obbligazione principale, nè essere più estesa dell' obbligazione principale che serve a garantire. [2]

*Effetti della fideiussione.* — Gli effetti della fideiussione dipendono anzitutto dal tenore del contratto; ma, salvo convenzione in contrario, il fideiussore ha gli obblighi precisi del debitore principale. [3]

In origine il creditore aveva diritto di escutere, a suo arbitrio, o il debitore principale, o il fideiussore; ma Giustiniano, mitigando l' asprezza dell' antico diritto, accordò al fideiussore il così detto benefizio dell' ordine o dell' escussione, cioè la facoltà di esigere che il creditore escuta in precedenza il debitore principale, [4] semprechè questi sia presente e solvente.

Nel caso che si abbiano più fideiussori, essi godono del beneficio di divisione, in forza del quale, chi fra essi fu convenuto per l' intiero debito, può pretendere che il creditore divida le sue azioni fra tutti i confideiussori che sono presenti e solventi al momento della contestazione della lite. [5]

Un terzo ed ultimo benefizio è il *beneficium cedendarum actionum,* in forza del quale il fideiussore ha diritto di chiedere dal

---

[1] Fr. 4 pr.; fr. 8, § 12; fr. 27, § 4 *de fidej.* 16, 1.

[2] Gai. III, 126; fr. 8, § 7 e fr. 42 *de fidej* 16, 1.

[3] Perciò esso risponde delle accessioni e delle mutazioni avvenute nell' oggetto del debito per colpa o per mora del debitore principale, ed in ispecie degli interessi moratorî (Arndts-Serafini, *Pandette* § 354).

[4] Nov. 4, cap. 1. Anche pel Cod. civ. ital. il fideiussore non è tenuto a pagare se non in mancanza del debitore principale che deve essere preventivamente escusso, a meno che il fideiussore siasi obligato *in solido* col debitore (art. 1907).

[5] Gai III, 121-122; fr. 28, 51; § 1 *de fidej.* 16, 1.

creditore, cui paga, la cessione delle azioni, che esso avrebbe potuto sperimentare contro il debitore principale e gli altri fideiussori. [1]

*Regresso del fideiussore contro il debitore principale ed i confideiussori-* — Finchè il fideiussore non è giudicialmente intimato a pagare il debito che ha garantito, non ha diritto di muovere alcuna pretesa contro il debitore principale, ammenochè quest' ultimo non siasi obbligato a liberarlo entro un certo tempo dalla mallevadoria assunta o non abbia diminuite le garanzie che presentava all' epoca in cui si costituì mallevadore. [2] Ma appena il fideiussore è intimato dal creditore a pagare, può convenire il debitore principale, affinchè lo rilevi, o lo rimborsi di ciò che è stato obbligato a pagar per lui. A ciò può valersi:

1° Delle azioni che siengli state cedute dal creditore;

2° Dell' *actio mandati contraria*, se prestò la fideiussione col consenso del debitore;

3° Dell' *actio negotiorum gestorum contraria*, se la prestò ad insaputa di lui. [3] Affinchè il fideiussore possa conseguire dal debitore principale di esser rimborsato di quanto ha pagato per lui, è mestieri ch' egli abbia agito colla dovuta diligenza, e non abbia trascurato di provare al creditore che il suo credito era estinto. [4] — Tutti questi diritti, che ha il fideiussore contro il debitore principale, gli spettano anche contro gli altri confideiussori, quando abbia pagato in loro vece.

## § 148.

### Costituto di debito altrui. [5]

Il costituto di debito altrui è un patto pretorio, col quale taluno si obbliga a pagare un debito altrui. [6] Esso è di fronte al diritto pretorio quello che di fronte al diritto civile la fideiussione: come questa è una intercessione cumulativa accessoria, e salve alcune poche differenze, che qui indicheremo, gli si applicano tutte le regole proprie della fideiussione.

Le differenze sono:

---

[1] Fr. 17, 36, 39, § 1; fr. 41. § 1 *de fidej*, 16. 1; Nov. 4, c. 1.

[2] Fr. 38, § 1, mandati 17, 1; c. 10, IV, 35; Cod. civ. art. 1919.

[3] Fr. 4 pr. h. t.; fr. 43, III, 5; Cod. civ. art. 1915.

[4] Fr. 29 pr. § 1, 2, 4, mandati 17, 1; fr. 67 h. t.; c. 10 mandati IV, 35; Cod. civ. art. 1919.

[5] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 351, 353.

[6] Vedi più sopra § 143, p. 95.

1° Il costituto si conchiude per semplice patto, laddove la fideiussione richiede la forma solenne della stipulazione;

2° Se il costituente ha promesso di pagare di più del debitore principale, la sua obbligazione non è radicalmente nulla, come quella del fideiussore nel caso stesso, ma è valida fino all' ammontare del debito principale: [1] inoltre il costituente, a differenza del fideiussore, può promettere al creditore un oggetto diverso da quello promesso dal debitore principale, come può assumersi di pagare in luogo diverso da quello prima convenuto. [2]

## § 149.

### Mandato qualificato. [3]

Il mandato qualificato è l' incarico che taluno dà ad un altro di fare un mutuo ad una terza persona, per la quale resta garante. Chi dà simile incarico (*mandator*) diviene responsabile delle conseguenze della commissione data, ed il mandatario che l' ha eseguita ha l'*actio mandati contraria* per ottenere da lui il rimborso di quanto ha pagato. Più *mandatores* sono obbligati in solido, ma ognuno di essi gode dei benefizi stessi dei quali godono i fideiussori. [4]

## § 150.

### Intercessione delle donne. [5]

Alcuni editti di Augusto e di Claudio avevano inibito alle donne di intercedere pei loro mariti. Il senatoconsulto Velleiano, generalizzando quella inibizione, proibì alle donne di obbligarsi in qualunque modo per un altro. Il senatoconsulto Velleiano però non dichiara nulle le intercessioni delle donne, ma

[1] Fr. 1, § 8: fr. 11 *de const. pec.* 13, 5.

[2] Fr. 1 § 5, fr. 3, § 2; fr. 4, 5, pr. fr. 25 h. t.

[3] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 295, 352, 353.

[4] Il mandato qualificato si distingue dalla fideiussione principalmente perchè esso non può mai esistere *dopo* il debito che sta a garantire; così pure il *mandator* è obbligato in modo assoluto dentro i limiti della commissione data: il pagamento fatto dal *mandator* non estingue di pien diritto l' obbligazione del debitore verso il mutuante, e finalmente il *mandator* anche dopo aver pagato il creditore può farsi cedere da esso le sue azioni contro il debitore, od anche agire *utiliter* contro il medesimo.

[5] C. 4, 9 ad Sc. Vell. 4, 29. — L' eccezione del Sc. Velleiano compete anche agli eredi della donna ed a quelle persone che hanno garantito la sua promessa (c. 7, 8, l. c.; fr. 16 § 1 ad Sc. Vell. 16. 1). — Vi sono dei casi nei quali la donna non può invocare l'*exceptio* Sc. Velleiani; così p. e. quando non è ridondato danno alla intercedente; quando essa abbia interceduto per ingannare il debitore: quando il creditore è un minore; quando dopo due anni ha reiterato la intercessione; e quando ha interceduto per la costituzione di una dote.

solo accorda alla intercedente l'*exceptio senatusconsulti Velleiani*, colla quale può respingere l'azione del creditore. Tale eccezione rende assolutamente inefficace l'obbligazione, distruggendone perfino l'elemento naturale. [1]

In alcuni casi le intercessioni delle donne furono da Giustiniano dichiarate nulle di pien diritto, e ciò avviene:

1° Quando l'intercessione non fu fatta mediante un pubblico istrumento firmato da tre testimoni degni di fede; [2]

2° Quando fu fatta in favore del marito, qualunque sia la forma dell'intercessione. [3]

## CAPO XIV.

### QUASI-CONTRATTI. [4]

### § 151.

#### Osservazioni preliminari.

Il quasi-contratto, come l'indica il nome, è un rapporto obbligatorio che ha analogia col contratto. Infatti se da un canto i quasi-contratti si distinguono dai contratti per la mancanza di un consenso vero e proprio, espresso o tacito, dall'altro vi si assomigliano perciocchè abbiano a fondamento un consenso presunto; vale a dire, a motivo di certi fatti compiuti dalle parti si presume ch'esse abbiano consentito ad un determinato contratto. Ogni quasi-contratto è formato ad imagine di un contratto ed è soggetto alla teoria di quel contratto che gli ha servito di tipo, salve, s'intende, le modificazioni richieste dalla natura stessa delle cose.

I principali quasi-contratti sono: la gestione d'affari, il pagamento dell'indebito, la comunione incidente, l'accettazione dell'eredità [5] e l'amministrazione della tutela e della cura. [6]

---

[1] Epperò se ne avvantaggerebbe anche il fidejussore e coloro che avessero costituito un pegno per la obbligazione della donna (fr, 16, § 1, ad Sc. Vell. 16, 1. fr. 2, *quae res pign.* 26, 3). Il pagamento erroneo del debito assunto dà luogo alla *condictio indebiti;* ed inoltre colei che ha interceduto può rivendicare tutti gli oggetti toltile stante l'intercessione (Arndts-Serafini, *Pand.* § 360).

[2] C. 23 ad Sc. Vell. 4, 29. — Se le prescritte formalità vennero osservate, la donna può pur sempre valersi dell'eccezione del senatoconsulto Velleiano (Vedi Arndts-Serafini *Pandette* § 362; Vangerow *Pand.* § 581; Windscheid *Pand.* § 488; Schupfer *Obblig.* p. 59-63.

[3] Nov. 134, cap. 8. — Circa l'influenza del senatoconsulto Velleiano sulle legislazioni italiane, vedi Frugoni *nell' Archivio giuridico* (IV, 482).

[4] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 229, 242, 296.

[5] Di questo parleremo nel libro V.

[6] Di questo parleremo nel libro IV, capo 3, § 175 e 178.

## § 152.

### Dei singoli quasi-contratti

Gestione d' affari [1] *Nozione.* — La gestione d' affari è un quasi-contratto pel quale taluno, utilmente [2] e senza averne ricevuto il mandato, [3] compie scientemente gli affari di un altro [4] coll' intenzione di obbligarlo. [5]

Dalla gestione d' affari nascono obbligazioni simili a quelle del mandato.

*Obbligazioni del gerente.* — Il gerente è obbligato:

1° A condurre a termine gli affari intrapresi, quand' anche il *dominus* sia morto nel frattempo;

2° Di usare la diligenza di un buon padre di famiglia; [6]

3° Di rendere conto della gestione e di restituire al *dominus* tutto quanto ebbe per conto di lui insieme coi frutti e gli interessi. Per ottener l' esecuzione di queste obbligazioni, il domino ha l' *actio negotiorum gestorum directa.*

*Obbligazioni del dominus.* — Il *dominus rei gestæ* è obbligato:

1° A liberare il gerente da tutte le obbligazioni contratte per la gestione;

2° A rimborsarlo di tutte le spese necessarie ed utili fatte per la medesima. — L' azione che spetta al gerente è l' *actio negotorium gestorum contraria.* — La gestione ratificata vale rimpetto al *dominus negotii* come se compiuta fino dall' origine in virtù di un suo mandato.

Pagamento dell' indebito. [7] Il pagamento dell' indebito è un quasi-contratto in virtù del quale chi riceve una cosa che non gli

---

[1] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 296 — Codice Civ. ital. art. 1141 e 1144.

[2] La gestione deve essere stata intrapresa in circostanze nelle quali fosse utile il farlo.

[3] Se vi fosse stato commissione, esisterebbe mandato.

[4] Chi tratta gli affari propri, sebbene creda anche con buone ragioni di trattare gli affari altrui, non dà vita a nessun vincolo obbligatorio: e chi crede trattare affari esclusivamente altrui, ma che sono in parte anche propri, dà vita soltanto ad una *negotiorum gestio* parziale, cioè ne nasce obbligazione solo in quanto gli affari concernano altri.

[5] Una gestione eseguita coll' intenzione di esercitare un atto di liberalità o di pietà verso il *dominus rei gestæ* non dà vita ad un'*actio negotiorum gestorum contraria.*

[6] Se il gerente assunse la gestione in circostanze che non pativano ritardo, non risponde che del dolo e della colpa grave (fr. 3 § 9 *de neg. gest.* 3, 4). Egli risponde invece perfino del caso se ha impreso a far cosa insolita al *dominus negotii* (fr. 11. *h. t.*). Se poi non era capace di obbligarsi validamente, deve restituire quello solo di cui si è arricchito (fr. 3, § 4. h. t.).

[7] Arndts-Serafini, *Pandette* § 341 — Cod. Civ. ital. art. 1145-1150.

è dovuta [1] e che gli fu pagata per errore [2] contrae l'obbligo di restituirla.

L'azione con cui può ripetersi l'indebito è detta *condictio indebiti;* essa spetta a chi pagò l'indebito ed ai suoi eredi contro chi riceve il pagamento dell'indebito e suoi eredi, ed ha per iscopo di ottenere la restituzione di ciò che fu pagato indebitamente, ma solo fino alla concorrenza di quanto s'è arricchito il convenuto nel caso che questi sia di buona fede. [3]

Comunione incidente. [4] Vi ha comunione incidente quando, indipendentemente da un contratto di società, una cosa è comune a più persone. [5]

Allorquando una eredità od una o più cose singole sono comuni a più persone, ogni coerede o condomino ha il diritto di chiedere lo scioglimento della comunanza. [6] A tale fine competono ai comunisti le azioni dette divisorie, [7] che sono: l'*actio familiæ erciscundæ,* [8] l'*actio communi dividundo* [9] e l'*actio finium regundorum.* [10] Con queste azioni, oltrechè lo scioglimento della comunione, si ottiene ancora l'esecuzione delle obbligazioni che ne derivano.

---

[1] Perchè il pagamento non sia dovuto ed abbia luogo la ripetizione dell'indebito, è necessario che non esista nemmeno un'obbligazione naturale; chè la semplice esistenza di un dovere di convenienza basta a far respingere la domanda quale indecorosa ed ingiusta; il pagamento anticipato di un debito non dà luogo alla ripetizione, sì invece quello di un debito tuttavia soggetto a condizione; parimenti si ha azione quando s'è pagato ad altri anzichè al vero creditore od al suo legittimo rappresentante, o per contro quando in cambio del vero debitore altri ha pagato il debito come fosse suo, o quando la prestazione fu fatta per una obbligazione del tutto diversa da quella che esisteva realmente.

[2] Chi paga ciò che sa non dovere, non può ripeterlo.

[3] La *condictio indebiti* è esclusa quando il debito supposto è di quelli che negati crescono al doppio, e quando il pagamento fu fatto *ex causa iudicati,* ossia per eseguire una sentenza.

[4] Arndts-Serafini, *Pandette* § 320.

[5] Siffatta comunione può nascere in vario modo; il caso più importante è quello dei coeredi. Sulle differenze fra comunione e società vedi § 138, p. 84, nota 3.

[6] Per sciogliere la comunione possono i comunisti provedere anche all'amichevole, e la divisione convenzionale fra loro stabilita produce gli stessi effetti di un contratto.

[7] Vedi *Parte prima,* § 36 e § 65 pag. 169.

[8] Vedi appresso, lib. V (acquisto dell'eredità).

[9] Vedi *Parte prima* § 59, p. 154, e § 65 p. 169.

[10] Vedi *Parte prima* § 65, pag. 169.

## CAPO XV.

### DELITTI E QUASI-DELITTI. [1]

### § 153.
### Furto [2] e Rapina. [3]

Furto. — *Nozione e requisiti.* — Il furto è la sottrazione fraudolenta di una cosa mobile coll'intenzione di trarne guadagno. [4] — Esso suppone adunque la riunione di tre requisiti, cioè la sottrazione, l'intenzione di commettere un furto [5] e l'animo di lucrare. [6]

La sottrazione può consistere nell'appropriazione della cosa altrui, *furtum rei*, o nell'uso illegale di essa, *furtum usus*, [7] o finalmente nella sottrazione della cosa nostra all'altrui legale possesso.

*Effetti del furto.* — Dal furto nascono due azioni, cioè la *condictio furtiva* e l'*actio furti.* [8]

La *condictio furtiva* è un'azione reipersecutoria, e tende ad ottenere la restituzione della cosa rubata con tutte le accessioni,

---

[1] Vedi più sopra § 110, p. 22-23. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 243, 342 e seg.

[2] Ist. IV 1; Dig. de furtis 47, 2. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 323.

[3] Ist. IV 2; Dig. de vi bonorum raptorum 47, 8.

[4] Fr. 1, § 3 h. t.: Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia vel, ipsius rei, vel etiam usus possessionisve. "

[5] Questa intenzione deve contenere tanto la coscienza di sottrarre la cosa senza diritto, quanto quella di sottrarla contro la volontà del proprietario. E così p. e. non commette furto chi sottrae la cosa altrui, se la crede propria, o se ritiene il proprietario vi abbia acconsentito.

[6] L'*animus nocendi* non basta, ma è necessario che il ladro abbia la mira di procacciarsi un vantaggio.

[7] Così p. e. ci sarebbe furto d'uso, se il depositario o il creditore pignoratizio usassero della cosa loro affidata, o se il comodatario ne estendesse l'uso oltre i limiti stabiliti. — Le leggi italiane non riconoscono il furto d'uso.

[8] Nell'antichissimo diritto romano si conoscevano due altre azioni, cioè l'*actio furti concepti* e l'*actio furti oblati.* — 1° Chi era stato vittima di un furto e credeva che l'oggetto rubato fosse in casa di una determinata persona, poteva forzare l'ingresso, presentandosi nudo con solo in dosso una cintura (*licium*) e in testa una scodella (*lanx*) tenuta con ambe le mani. Se dietro una perquisizione fatta in questa forma l'oggetto era ritrovato, si diceva che vi era *furti per lancem et licium conceptio*, e la persona, presso cui era trovato, veniva condannata alla pena del triplo come ladro manifesto, quand'anche non fosse l'autore del furto (Gai. III, 191-194). 2° L'*actio furti oblati* era un'azione che il proprietario della casa, presso il quale l'oggetto furtivo era stato trovato, sperimentava contro chi ve lo aveva posto a sua insaputa, o glie lo aveva dato sapendo che era furtivo: anche essa importava la pena del triplo e tendeva a liberare il padrone della casa dalla pena che aveva dovuto pagare (Gai. III, 187, 191; Paul. Sent. Rec. II, 31, 3, 5, 14).

ed in difetto il maggior valore che la cosa ebbe dopo il furto, sebbene sia perito per caso fortuito. [1] Essa compete al proprietario della cosa rubata ed a'suoi eredi, e si esercita contro il ladro ed i suoi eredi, ma non contro i complici. [2]

L'*actio furti* è un'azione penale e tende al conseguimento di una pena privata, la quale è del quadruplo o del doppio, secondochè si tratta di furto manifesto o non manifesto. [3] Essa compete a chiunque abbia interesse che la cosa non venga rubata, [4] e si dirige non solo contro gli autori del furto, ma anche contro i complici che vi contribuirono coll'aiuto o col consiglio, e tutti ne rispondono in solido, ciascuno indipendentemente dall'altro, di guisa che il pagamento di uno non libera gli altri. [5] Invece gli eredi del colpevole ne vanno esenti. — Le due azioni concorrono cumulativamente.

Rapina. — La rapina è la sottrazione violenta della cosa mobile [6] altrui eseguita dolosamente con animo di farne un lucro. — Gli estremi di questo delitto sono identici a quelli del furto, colla circostanza aggravante della violenza.

Anche gli effetti sono gli stessi, e soprattutto le azioni nascenti dal furto ricevono la loro applicazione nel caso della rapina. Tuttavia mentre il furto non manifesto non dà diritto che alla pena del doppio, lo spogliato può chiedere la pena del triplo coll'*actio vi bonorum raptorum;* e siccome quest'azione è mista, cioè penale e reipersecutoria ad un tempo, così è diretta in tutto al quadruplo. [7]

---

[1] § 19 I, *de obl. ex del.* 4, 1, Fr. 8 pr. § 1 Fr. 14 § 3, Fr. 16 e 20 *de Cond. furt.* 13, 1; 67 § 4 h. t.

[2] Fr. 1, 5, 6, 7 § 2; Fr. 9, 10 pr. § 2, 3 *de Cond. furt.* 13, 1.

[3] § 5 Inst. IV, 1. — Il furto dicesi manifesto, allorquando il ladro viene colto colla cosa furtiva prima di giungere sul luogo dove divisava portarla (Gai. III, 184). Ogni altro furto dicesi non manifesto.

[4] Perciò può spettare, oltrechè al proprietario, al possessore di buona fede, al creditore pignoratizio, al conduttore di un fondo fruttifero riguardo ai frutti non percetti, come altresì a tutte quelle persone, le quali, in forza di un contratto conchiuso col proprietario, sono obbligate alla custodia e rispondono verso il proprietario anche del furto.

[5] Vedi più sopra § 110, p. 23. — C. 1 Cod. VI, 2.

[6] Sulle cose immobili potevasi commettere una violenta invasione *(crimen vis).*

[7] Nel quadruplo dunque è compreso il valore della cosa rapita. — L'*actio vi bonorum raptorum*, a differenza dell'azione penale del furto, che è perpetua, è limitata al termine di un anno, passato il quale non si può chiedere che la semplice indennità *(in simplum).* Vedi pr. Inst. IV, 2.

## § 154.

### Danno dato ingiustamente [1]

*Cenni storici.* — Già le dodici Tavole avevano riconosciuto la necessità di risarcire il danno cagionato con un fatto illecito; ma tutte codeste disposizioni della legge decemvirale furono derogate dalla celebre legge Aquilia. [2] Questa legge componevasi di tre capi, ma il secondo, che si riferiva al caso in cui un *adstipulator* avesse liberato il debitore mediante l'accettilazione, a pregiudizio del vero creditore a cui era stato aggiunto, cadde in disuso insieme alla istituzione degli *adstipulatores*, [3] per cui non ci interessano qui che gli altri due capi.

Il primo capo disponeva, che quegli, il quale anche solo colposamente avesse ucciso uno schiavo od un quadrupede altrui, dovesse pagare al proprietario il maggior valore che la cosa avesse avuto nell'anno antecedente all'uccisione. [4]

Il terzo capo si riferiva a tutti gli altri danneggiamenti cagionati colla lesione o colla distruzione di bestie o cose altrui, e condannava l'autore del danno a pagare il maggior valore che la cosa avesse avuto negli ultimi trenta giorni. [5]

Il testo della legge Aquilia non proteggeva che il *proprietario* della cosa danneggiata, e non si applicava che al danno arrecato alla sostanza della cosa altrui mediante contatto materiale, *damnum corpore corpori datum*; ma la giurisprudenza ne estese il principio, accordando un'*actio legis Aquiliae utilis* al possessore di buona fede ed a coloro che avevano un diritto reale frazionario sulla cosa, ed ammettendola altresì per analogia ogni qualvolta il danno, anzichè provenire direttamente da contatto corporale *(corpore)*, era solamente accaduto perchè taluno ne aveva colposamente porta l'occasione. [6] Infine le disposizioni della legge Aqui-

---

[1] Inst. IV, 3; Dig. *Ad legem Aquiliam* IX, 2: ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 324.

[2] È un plebiscito di un Tribuno *Aquilio* probabilmente dell'anno 467 di Roma (GAI. III. 210-214; fr. 2 pr. h. t).

[3] Inst. h. t. e il fr. 27, § 4, h. t.; GAI. III, 215-216. — Vedi più sopra, § 129, p. 62.

[4] GAI. III, 210-214; fr. 2 pr. h. t.

[5] " Cæterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto " (fr. 17, § 5 h. t.).

[6] " *Causam seu occasionem damni praestitit.* " Come per esempio quando taluno avesse tenuto chiuso un animale altrui sì che fosse morto di fame, o lo avesse spaventato in modo da farlo cadere in precipizio, od avesse acceso improvvidamente il fuoco nelle sue terre ed abbruciato così la casa del vicino (fr. 9, § 3; fr. 29, § 5; fr, 30, § 3: fr. 53 h. t.).

lia vennero estese perfino a quei fatti illeciti, che, senza costituire una *rei corruptio* vera e propria, cagionavano però un qualche pregiudizio in rapporto alla medesima. [1] In quest' ultima ipotesi si accordò un' *actio in factum*, la quale del resto non differisce che per l' origine e pel nome dall' *actio legis Aquiliæ utilis*.

*Nozione e requisiti del danno illecito.* — Vi ha danno illecito, *damnum iniuria datum*, quando con un fatto colposo si reca a qualcuno un pregiudizio ingiusto. Tre adunque sono i requisiti:

1° Che intervenga una diminuzione del patrimonio altrui, un vero *danno*. [2]

2° Che il danno sia cagionato *ingiustamente*. [3] Qui però è da osservare che a fondare l' imputabilità basta qualunque grado di colpa (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*): [4] perfino la semplice inettitudine tecnica si considera come colpa quando taluno arreca danno, esercitando la sua arte od il suo mestiere. [5]

3° Che il danneggiamento sia prodotto con un fatto *positivo*, imperocchè la ommissione di agire è illecita solamente quando preesista un rapporto obbligatorio che imponga il dovere di fare qualche cosa, nel quale caso ha luogo l' azione risultante da quel rapporto obbligatorio.

*Effetti del danno illecito.* — Concorrendo i requisiti suesposti, il danneggiato può valersi, secondo i casi, dell' azione della legge Aquilia *directa*, o *utilis*, o dell' *actio in factum*, per conseguire il maggior valore che la cosa ebbe nell' anno antecedente, se il danno fu recato mediante l' uccisione di uno schiavo o di un quadrupede, ed il maggior valore che la cosa ebbe negli ultimi trenta giorni precedenti il fatto, se il danno fu recato in altra maniera.

Queste azioni si danno in solido contro gli autori del danno ed i complici, ma contro i loro eredi solo in quanto ne sieno rimasti arricchiti. Hanno poi di speciale che se il convenuto neghi

---

In tutti questi casi il danno non è recato *corpore*, ma nondimeno è ammessa per analogia l' azione secondo lo spirito della legge Aquilia.

[1] Fr. 27, § 20-22 h. t. Per es. se taluno, senza guastare propriamente la sostanza di una cosa altrui, ne ha però diminuito il valore, mescolandovi delle cose difficili a separarsi, come p. e. sabbia e frumento.

[2] Fr. 15, § 1, fr. 17, fr. 27, § 28, h. t.

[3] § 2, 3, 5, 14 Inst. h. t.; fr. 4, 5, pr. § 2; fr. 29, § 3; fr. 30, § 3; fr. 41, § 4; fr. 49, § 1; fr. 52, § ult. h. t. — Così non incorre in alcuna responsabilità chi reca nocumento altrui con un atto che ha diritto di fare; parimenti non ha luogo l' azione della legge Aquilia, se il danno è la conseguenza di un caso fortuito.

[4] Fr. 7, § 2, fr. 27, § 3, fr. 30, § 3 h. t. Vedi *Parte Prima* § 31.

[5] Fr, 7, § ult.; fr. 8, h. t. Vedi SCHUPFER, *Obblig.* p. 482.

contro la verità il fatto imputatogli, è condannato al pagamento del doppio. [1]

Se il danneggiamento ingiusto riunisce le condizioni d' un altro delitto, le azioni della legge Aquilia concorrono coll'azione nascente da questo delitto; vi sono inoltre parecchie disposizioni speciali per certi danneggiamenti straordinari. [2]

## § 155.

### Ingiuria. [3]

*Nozione e condizioni.* — La parola ingiuria si adopera comunemente per indicare una qualunque ingiustizia; [4] ma in una significazione più ristretta esprime ogni lesione fisica o morale dell' onore, sia con vie di fatto o con parole o in altro modo. — Tre adunque sono i requisiti;

1° L' ingiuria suppone un atto ingiusto o contrario al diritto;

2° L' atto ingiusto deve implicare uno sfregio alla persona altrui. A questa categoria appartengono anzitutto gli insulti all'onore od alla riputazione altrui; ai quali il diritto romano assimila tutti gli attentati alla libertà individuale.

3° Un carattere essenziale a questo delitto è l' intenzione d' ingiuriare.

*Diverse forme dell' ingiuria.* — L' ingiuria può commettersi con parole (*verbis*), cioè per mezzo della parola parlata o scritta, o con fatti (*re*): di qui la distinzione delle ingiurie verbali [5] e reali. [6]

La ingiuria può inoltre essere atroce o semplice, secondochè è accompagnata o no da qualche circostanza aggravante di fatto, di luogo, di persona e di tempo; immediata, o mediata, secon-

---

[1] Fr. 2, § 1, 23, § 10, h. t.

[2] Vedi più sotto § 158, p. 115 e seg. — Il Cod. Civ. sancisce la responsabilità solidale di coloro che hanno recato danno per colpa imprudenza, o negligenza propria o delle persone di cui devono rispondere (art. 1151-1156).

[3] Inst. IV, 5; GAI, III. 220; Dig. 47 10; Cod. 9. 35. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 339.

[4] " Quod non iure fit iniuria fieri dicitur " (fr. 1, h. t.).

[5] Una circostanza aggravante dell' ingiuria verbale è il *convicium*, che si verifica quando più voci e grida disonoranti s' innalzano contemporaneamente a proferire parole di contumelia contro un cittadino (una specie di scampanata). Le ingiurie fatte per iscritto si chiamano libelli famosi. — Vedi SCHUPFER, Obblig. p. 514.

[6] Esempi d' ingiuria reale sarebbero: dare a qualcuno uno schiaffo, o percuoterlo coll' intenzione di fargli un affronto, violare l' altrui domicilio, impedire alcuno nell' esercizio de' suoi diritti, attentare al pudore di persona onesta seguendola nella pubblica via ec. Vedi SCHUPFER l. c.

dochè è fatta direttamente a noi stessi, ovvero ad un' altra persona alla quale siamo legati in rapporto così intimo che faccia ricadere la ingiuria anche sopra di noi.

*Effetti dell' ingiuria.* — Le pene stabilite dalla legge decemvirale contro le ingiurie erano male appropriate e caddero quindi in disuso[1] L' editto pretorio introdusse l'*actio iniuriarum æstimatoria*, limitata ad un anno, colla quale si otteneva una pena pecuniaria, che dovea essere fissata di volta in volta dalla persona ingiuriata e dal giudice secondo giustizia ed equità.[2] Per tre casi speciali di ingiurie reali, cioè per percosse, battiture e violazioni di domicilio, era accordata l' azione civile della legge Cornelia, che non si prescriveva che in trent' anni.

L' azione d' ingiuria non si trasmette nè agli eredi dell' ingiuriato nè contro gli eredi dell' autore dell' ingiuria, nè può essere ceduta: inoltre essa si estingue per riconciliazione espressa o tacita delle parti.

Il fatto dell' ingiuria può costituire nello stesso tempo un altro delitto, e dare luogo per questo titolo ad altre azioni o penali o repersecutorie.

## § 156.

### Quasi delitti [3]

*Positum et suspensum.* — Se il propretario o l' inquilino di un edificio che dia su d' una strada pubblica pone o sospende fuori di questo o tollera che altri vi ponga o sospenda un qualche oggetto che cadendo può cagionare danno, ne risponde, giusta l' editto pretorio, coll' *actio de positis et suspensis*, esperibile da chiunque osservi quel fatto, la quale ha per oggetto una pena privata di dieci *solidi.*[4]

*Effusum et deiectum.* — Se da un quartiere viene versata o gettata sopra un luogo di pubblico passaggio una materia liquida o solida d' onde sia derivato qualche danno, chi l' abita è tenuto

---

[1] La legge decemvirale puniva colla fustigazione fino alla morte le scampanate e pasquinate, ma colpiva di pene più miti le lesioni corporali. Così la rottura d' un membro importava la pena del taglione; la frattura d' un osso era punita con una ammenda di 300 e di 150 assi, a seconda che l' offeso era libero o servo; ogni altra ingiuria soggiaceva alla pena di 25 assi (GAI. III, 223).

[2] Fr. 11. § 1, Fr. 16, 18. h. t.

[3] Vedi più sopra, § 110, p. 23 in fine. Cons. SCHUPFER, *Obblig.* p. 556 seg. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 243.

[4] Fr. 5, § 5-11, h. t.

a pagare il doppio del danno arrecato, benchè non sia in colpa.[1] Se il fatto ha cagionato la morte d'un uomo libero, l'azione può essere intentata da qualunque cittadino e tende al pagamento d'una pena di cinquanta *aurei.*[2] Dove ne sia risultata soltanto una ferita, è dovuta una indennità che viene stimata dal giudice, fatta ragione della spesa e della incapacità di lavorare prodotta dalla ferita.[3]

Più àbitatori dello stesso quartiere ne rispondevano in solido.[6]

In modo analogo l'azione *de effusis et dejectis* era accordata allorquando fosse stata versata o gettata qualche cosa da un granaio, da un magazzino o da un opificio.[4]

*Si iudex litem suam fecit.* — Il giudice che per dolo o colpa pronunzia una sentenza ingiusta, è obbligato di pagare alla parte lesa il valore della lite.

## CAPO XVI.

### OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DA VARIE ALTRE CAUSE.

L'obbligazione può nascere anche da altri fatti che non appartengono alle categorie dei contratti, quasi-contratti, delitti e quasi-delitti. Avendo già trattato della maggior parte di queste obbligazioni nei luoghi opportuni, non ci resta qui che accennare brevemente le altre, le quali possono ridursi a queste tre categorie: obbligazioni risultanti da rapporti di vicinanza, obbligazioni risultanti da casi speciali di danneggiamento ed obbligo della esibizione.

### § 157.

### Obbligazioni nascenti da rapporti di vicinanza.[5]

*Actio aquæ pluviæ arcendæ.*[6] — Se in conseguenza di una costruzione esistente in un fondo e ad esso aderente, è alterato

---

[1] Chi però era condannato per una colpa non sua, aveva libero il regresso verso l'autore del danno. (Fr. 5, § 4. h. t.).

[2] Fr. 1, pr., fr. 5, § h. t.

[3] L'azione in questo caso competeva innanzi tutto al ferito, ma poteva sperimentarsi anche da ognuno del popolo, colla differenza che era perpetua pel ferito, mentre per tutti gli altri era solamente annuale (fr. 1, pr.; fr. 5, § 5, fr. 7, h. t.).

[4] Vedi più sopra § 114, p. 32, nota 4 in fine.

[5] Fr. 5, § 34 etc. Venendo gettato alcunchè da una nave potevasi sperimentare un'*actio utilis* contro il *magister navis* (fr. 6, § 3, h t.).

[6] Vedi *Prima Parte* § 58, Cons. Schupfer, *Obblig.* p. 490-503.

[7] Dig. *de aqua et aquæ pulv. arc.* 39. 3. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 331.

il corso naturale dell' acqua piovana con pregiudizio del fondo rustico vicino, il propretario[1] di questo ha l'*actio pluviæ arcendæ* contro il proprietario del fondo,[2] nel quale avvennero le mutazioni, per ottenere il risarcimento del danno prodotto dopo la contestazione della lite[3] e la reintegrazione del fondo nel suo stato primitivo.[4]

*Interdictum quod vi aut clam.* Chi per qualsiasi titolo ha diritto al godimento attuale di un fondo può altresì impedire che altri innalzi su questo costruzioni o vi imprenda opere[5] che mutino a suo pregiudizio lo stato del fondo medesimo. Ma se nonostante tale proibizione, l' altro, a ragione od a torto non monta[6], si fa giustizia da sè e continua la sua opera, si ha allora contro di lui l' interdetto *quod vi* per ottenere il ristabilimento dello stato anteriore di cose, e, in difetto, tutti i danni, sulla semplice prova del nostro interesse e della nostra opposizione disconosciuta.[7]

Alla violazione del divieto (*prohibitio*) è pareggiata la clandestinità. Chi intraprende clandestinamente un' opera, per la quale doveva attendersi un' opposizione da parte nostra, se noi ne fossimo stati informati, è responsabile per l' interdetto *quod clam* come se l'avesse fatta con violenza.[8]

*Denunzia di nuova opera.* — La denunzia di nuova opera si applica al caso in cui l'opera è intrapresa da un nostro vicino sul suo proprio fondo.[9] Anche in questo caso abbiamo, sotto

[1] Sotto certe circostanze compete anche al possessore di una servitù prediale o all' enfiteuta, e per analogia anche all' usufruttuario (fr. 22-25 h. t.).

[2] Per analogia l' azione è accordata anche contro l' usufruttuario.

[3] Per il danno anteriore alla contestazione della lite, deve intentarsi l' *interdictum quod vi aut clam* (fr. 14, h. t.).

[4] Fr. 2-7, h. t.

[5] Per es. il taglio degli alberi, viti e cespugli, concimazioni dannose, corrompimento di un pozzo e così via. Fr. 7, § 5, 6, h. t. Fr. 13, pr. § 3, 4, 7, h. t. fr. 11, XLVII, 7; fr. 11, pr. h. t.

[6] Fr. 1, § 2, h. t.

[7] Fr. 1-7 quod vi aut clam (43, 24). Il convenuto non può invocare il diritto a compiere l'opera; si opporre una eccezione nei seguenti cinque casi: 1. quando conosciuta l'opposizione si è dichiarato pronto a sostenere un processo sul suo diritto ed ha prestato all'uopo una cauzione; 2. quando è stato autorizzato all'opera da sentenza di giudice o da permesso di altra autorità; 3. quando l'opera fu fatta all'unico scopo di difendersi da una azione arbitraria o clandestina dell' attore; 4. quando il divieto fu revocato espressamente o tacitamente; 5. quando infine è già scorso un anno dall' ultimo momento di lavoro (ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 329).

[8] Fr. 1, 3, 4, 5, 18, 22, h. t. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 329.

[9] Fr. 5, § 10 de op. novi nunc 39, 1.

certe condizioni, il diritto di opporci all'opera cominciata, a mezzo di una protesta conosciuta sotto il nome di *nunciatio novi operis*, la quale obbliga il vicino a sospendere provvisoriamente la costruzione, in difetto di che si può agire coll'*interdictum demolitorium*, che ha gli stessi effetti dell'interdetto *quod vi aut clam*; ma le circostanze speciali nelle quali si fa la denunzia di nuova opera hanno introdotte parecchie differenze fra questa e l'interdetto *quod vi aut clam.* Infatti prescindendo che il diritto di denunciare la nuova opera spetta soltanto al proprietario, al possessore di buona fede ed a chi ha un diritto reale sul fondo minacciato, e che non si applica a qualunque innovazione, ma soltanto alle costruzioni che minaccino il nostro fondo, vi ha questa differenza capitale che il denunciante, dopo fatta la denunzia, deve agire senz'altro in petitorio colle azioni confessoria o negatoria onde provare il fondamento della sua opposizione, e solo nel caso che egli vinca la lite in petitorio, la denunzia produce tutti i suoi effetti, mentre cessano s'egli soccombe. [1]

Gli effetti della denuncia cessano anche nei seguenti casi:

1° se il giudice o il denunciante concedono la facoltà di proseguire i lavori (*remissio*);

2° se il denunciato presta una cauzione reale di demolire le opere pel caso che l'avversario vinca la causa. [2]

*Cautio damni infecti.* — Se da un edificio vicino può temersi imminente un pericolo per cosa su cui abbiamo qualche diritto, possiamo esigere che il padrone dell'edificio che minaccia rovina presti la cauzione di riparare il danno che potrebbe resultare dalla caduta dell'edificio (*cautio damni infecti*). Se esso ricusa di farlo, il magistrato accorda l'immissione nel possesso dell'edificio (*missio in possessionem ex primo decreto*); e se questo mezzo di coercizione riesce anch'esso infruttuoso, il magistrato emette un secondo decreto che trasferisce nell'immesso tutti i diritti del vicino sull'edificio rovinoso. [3]

---

[1] Secondo la dottrina e la giurisprudenza italiana, il denunziante ottenuta la sospensione dell'opera, può agire anche in possessorio e non solo in petitorio. Sulla denunzia di nuova opera secondo il diritto italiano vedi le annotazioni che abbiamo fatte al § 330 della *Pandette* di Arndts, e più specialmente la nota 3.

[2] Ond'esser ammesso a questa cauzione, si richiede per il diritto giustinianeo che la causa in petitorio si prolunghi al di là di tre mesi (c. un. Cod. XIII, 11). — Arndts-Serafini, *Pandette* § 340. — Cod. civ. ital. art. 698.

[3] Fr. 7. pr.; fr. 15, § 16, 17, fr. 18, § 15 de damn. inf. 39, 2. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 328. — Cod. civ. ital. art. 699.

## § 158.

### Casi speciali di danneggiamento.

*Arbores furtim cæsæ.* — Chi taglia furtivamente gli alberi altrui, anche senza l'intenzione di rubarli, deve risarcirne il doppio dell'interesse. A questo scopo compete contro l'autore del taglio l'*actio arborum furtim cæsarum*, la quale può essere esercitata dal proprietario, nonchè dall'enfiteuta se si tratti di fondo enfiteutico. [1]

*Servus corruptus.* — Chi corrompe dolosamente uno schiavo, sia che ne guasti i costumi, o lo persuada a commettere una cattiva azione o qualche fatto che gli rechi un danno corporale, o lo ricetti fuggiasco, ne risponde al proprietario, il quale può chiedere il doppio del danno sofferto mediante l'*actio de servo corrupto.* [2] *Utiliter* l'azione compete eziandio al padre per la corruzione del figlio soggetto alla sua potestà. [3]

*Sepulchrum violatum.* — Chiunque abbia dolosamente danneggiato un sepolcro può dal proprietario esser costretto con una azione pretoria *(in factum)* a pagare a titolo di risarcimento una somma da determinarsi equamente dal giudice, che però non può mai esser minore di cento aurei. [4]

*Danno recato in occasione di qualche calamità.* — Chi approfitta dolosamente di una calamità, come incendio, ruina, naufragio, per rubare o danneggiare l'altrui proprietà, è tenuto al quadruplo, e dopo trascorso un anno al simplo. [5]

*Lex Rhodia de jactu.* — Se in una burrasca che metta in serio pericolo la nave si è costretti a gittarne tutte le merci o parte, affine di alleggerirla e salvarla, il danno resultante dal getto vuol esser ripartito tra i proprietarî della nave e le persone a vantaggio delle quali il getto fu operato, giusta la misura e proporzione della loro proprietà per tal modo salvata. [6] Questa disposizione è tolta dalla legislazione marittima dell'isola di Rodi. Il testo della legge Rodia non parla che del getto delle merci,

[1] Fr. 1, 2, 7, pr. 5, § 1-6 arb. furt. cæs. 47, 7. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 325.
[2] Fr. 1-3, de servo corrupto, 11, 3. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 337.
[3] Fr. 14, § 1, l. c.
[4] Fr. 3, de sepulchro violato, 47, 12. Arndts-Serafini, *Pandette* § 325; Buonamici, *Del violato sepolcro.*
[5] Fr. 1. pr. de incendio, ruina, naufragio, 47, 9.
[6] Fr. de lege Rhodia de iactu 14, 2. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 316.

ma i Romani lo estesero ad altri casi analoghi, segnatamente al deterioramento delle merci e al prezzo di riscatto che uno degli interessati avesse pagato per redimere la nave dai pirati. [1]

*Actiones noxales.* — Le azioni nossali si riferiscono a danni commessi da uno schiavo, da animali e da figli di famiglia.

Il padrone di uno schiavo è risponsabile dei delitti da lui commessi, può tuttavia conseguire la sua liberazione dando in risarcimento la schiavo colpevole (*noxæ dare*) [2], a meno che non sia personalmente risponsabile del delitto, od abbia negato falsamente di avere in potestà lo schiavo. [3] L'azione si sperimenta contro chi ne è *dominus* al momento in cui viene esercitata: *noxa caput sequitur.* [4]

Gli stessi principî valevano anticamente anche pei delitti di un figlio di famiglia. [5]

Anche il danno cagionato da animali dà luogo ad un' azione nossale, detta più propriamente *actio de pauperie.* Se un quadrupede od altro animale ha recato un danno per istinti contrari alla sua specie, la legge accorda l' azione *de pauperie.* Il proprietario dell'animale ne risponde come suo difensore naturale; ma appunto perchè non è responsabile che come difensore, e non per una propria colpa, gli è lecito liberarsi dal risarcimento coll'abbandonare l'animale al danneggiato. Anche l' *actio de pauperie* viene sperimentata contro l'attuale proprietario dell'animale; e nel caso di più comproprietarî questi sono tenuti in solido. [6]

Un'azione simile all' *actio de pauperie* compete a chiunque sia stato danneggiato da animali altrui andati a pascolare nelle sue terre. Anche questa azione, detta *actio de pastu*, ammette la *noxæ deditio.* [7]

## § 150.
### Obbligo della esibizione.

L'obbligazione di esibire ha per oggetto la presentazione di una persona o di una cosa, allo scopo di esaminarla. [8] In gene-

---

[1] Fr. 28, 3; fr. 4, § 2, h. t. — Vedi SCHUPFER Obblig. p. 575.

[2] GAI. IV, 75: § 2, Inst. IV, 8. — Vedi SCHUPFER Obblig. p. 576. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 327.

[3] Fr. 2-5, 21, § 2, 22 § 4 de nox. act. 9, 4.

[4] GAI. IV, 77, § 5, Inst. IV, 8.

[5] Vedi più sotto § 169.

[6] Fr. 1, § 12, 13, 14, h. t. Pel Cod. civ. ital. il proprietario di un animale o chi se ne serve, pel tempo in cui se ne serve, è obbligato pel danno cagionato da esso, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o sia fuggito. (Art. 1154).

[7] PAUL. R. S. I, 15, 1; fr. 14, § ult. 19, 5; fr. 39, pr. § 1, IX, 2.

[8] Fr. 2, 9, § 5 ad exhib. 10, 4; fr. 3, § 8 de tab. exh. 43, 5; fr. 3, § 3 de hom. lib. exh. 43, 29. — Vedi SCHUPFER Obblig. p. 563 seg. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 346.

rale, la facoltà di esigere questa presentazione suppone un diritto alla persona od alla cosa di cui si chiede la esibizione, ma se si tratti di documenti, la presentazione ne è dovuta a qualunque persona vi abbia interesse; [1] di più dinanzi ai tribunali ciascuna delle parti ha il diritto di costringere il suo avversario a produrre fin dal principio tutti i documenti dei quali intende valersi nel corso del processo. [2]

L'obbligazione di esibire dà origine all' *actio ad exibendum*, accanto a cui, rispetto ai documenti, la legge accorda un'*actio in factum* per domandarne la presentazione, e l' interdetto speciale *de tabulis exhibendis* per quella di un testamento. [3]

Si comprende bene che la semplice presentazione di una persona o di una cosa non è lo scopo finale delle domande di esibizione; essa anzi non è che preparatoria ad un' altra azione, reale o personale, il più delle volte all'azione di rivendicazione. Colle domande di esibizione si tende o ad assicurarsi dell' identità o della qualità delle cose di cui si chiede la presentazione, o ad ottenerne la separazione da un' altra, alla quale esse sono congiunte come accessorie, per poterne sperimentare la rivendicazione. [4] Talvolta però l'*actio ad exhibendum* costituisce un'azione principale che tende ad ottenere il risarcimento dei danni.

L'*actio ad exhibendum* appartiene alla categoria delle azioni personali dette *in rem scriptæ*, in quantochè può sperimentarsi contro chiunque detenga la cosa di cui si chiede l'esibizione. Essa è un *actio arbitraria*; [5] per la qual cosa se il convenuto si rifiuta di obbedire all' *arbitrium* del giudice, che gli ingiunse la esibizione, l'attore può chiedere l'esecuzione forzata dell' *arbitrium*; e se l'esibizione è impossibile, perchè p. e. la cosa reclamata è stata consumata o distrutta o abbandonata dolosamente, può pretendere che il convenuto venga condannato al risarcimento dei danni.

---

[1] Fr. § 14, h. t.; fr. 4-8 de edendo 2, 13.

[2] Fr. 1, § 3 de edendo 2-13. — Chi reclama il pagamento di una somma di denaro, può esser perfino costretto a produrre i suoi libri di conti in favore dell'avversario, perchè questi libri fanno prova dei pagamenti che vi si trovano notati a scarico del debitore(§ 5, 6, 8. Cod. de edendo 2, 1).

[3] Qui vanno ricordati ancora gli interdetti *de liberis exhibendis, de uxore exhibenda, de liberto exhibendo*, e quello *de libero homine exhibendo*.

[4] Vedi *Parte Prima*, § 71, pag. 188.

[5] Vedi *Prima Parte*, § 37, pag. 118.

# LIBRO QUARTO

# DIRITTO DI FAMIGLIA[1]

## CAPO I.

### DEL MATRIMONIO.

## § 160.

### Concetto e storia del matrimonio.[2]

Anche nel Diritto Romano il matrimonio è considerato come il fondamento della famiglia e vien definito la comunione assoluta della vita fra uomo e donna.[3] Questa definizione colpisce il rapporto familiare nella sua vera essenza piuttostochè dedurne il concetto da fini passeggieri e contingenti. Un altro merito dei giureconsulti romani è stato quello di riconoscere che il matrimonio nella sua parte più vitale appartiene ad un campo diverso da quello giuridico, e che il diritto deve principalmente regolare i rapporti economici dei coniugi, che sono una parte accessoria dell'istituto medesimo.

I Romani peraltro non ebbero in tutti i periodi della loro civiltà un concetto così puro del matrimonio come quello che vediamo negli scritti dei giureconsulti classici. Sebbene fino dai primi tempi la base morale della famiglia sia sempre stata saldissima, esclusa sempre la bigamia e altamente rispettata la donna

[1] Vedi nell'Archivio Giuridico (VIII, 361-380) una bella memoria di PIZZAMIGLIO sui poteri e sui diritti di famiglia. — Vedi SCHUPFER: La famiglia secondo il diritto romano, del quale libro si legge una saggia critica del PADELLETTI nell'Archivio Giuridico (XVII, 294-300).

[2] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 393 e seg.

[3] § 1, I. de p. p. 1, 9. " Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitæ continens. „ Fr. 1, D. de R. N. 23, 2. " Nuptiæ sunt coniunctio mariti et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani iuris communicatio. „

nelle sue domestiche attribuzioni, pure i rapporti personali ed economici dei coniugi non ebbero sempre la medesima libertà ed eguaglianza e seguirono le medesime vicissitudini che subì l'istituto della famiglia romana. Mentre difatti nella prima epoca troviamo sempre unito al matrimonio il potere assoluto del marito sulla persona e sui beni della moglie, la *manus*, [1] essa cede ben presto il luogo al matrimonio libero in cui la donna non perde la sua condizione primitiva.

Le forme diverse con le quali il marito acquistava la *manus* erano le *confarreatio*, la *coemtio* e l'*usus*.

*Confarreatio.* — Questo nome e la cerimonia, che esso sta ad esprimere, ci rappresentano la più antica forma di matrimonio usata nella Roma patrizia. La *confarreatio* non si deve però considerare se non come una delle solennità tradizionali che accompagnavano il matrimonio, il quale si fondava del resto unicamente sul consenso delle parti. La cerimonia si compieva davanti al pontefice massimo, al flamine diale, ed altri sacerdoti non meno che davanti a 10 testimoni e consisteva in un sacrificio, nel quale adopravasi la focaccia di farro *(panis farreus, libum farreum)*, ed i contraenti pronunziavano solenni parole e si assidevano sopra sedie unite insieme colla pelle della pecora sacrificata. [2] Questo matrimonio religioso scemò naturalmente sempre più d'importanza colla dissoluzione dell'antica costituzione patrizia, e in tempi posteriori non comparisce se non come matrimonio proprio dei sacerdoti, dappoichè soltanto figli, che nascessero di tali nozze, e vivessero alla lor volta in matrimonio confarreato, potevano ottenere i sacerdozi patrizi.

*Coemtio.* — È incerto in qual rapporto questa seconda forma di matrimonio stesse colla *confarreatio.* Certo è che il concetto, su

---

[1] Vedi Parte 1, § 10, pag. 66.

[2] GAI. I, 112. " Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod salso farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; set complura præterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, præsentibus decem testibus, aguntur et fiunt, quod ius etiam nostris temporibus in usu est: nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, sicut reges sacrorum, nisi sint confarreatis nuptiis nati, inaugurari non videmus „ Cf. Ulp. fragm. IX. SERV. in Verg. Georg. 1, 31. " Tribus modis nuptiæ fiebant... farre, cum per pontificem maximum et Dialem flaminem per frugem et molam salsam coniungebatur, ex quibus nuptiis patrimi et matrimi nascebantur. " Id. in Aeneid. 4, 374. " Mos apud veteres fuit Flamini atque Flaminicæ, ut per farreationem in nuptias convenirent, sellas duas iugatas ovili pelle superiniecta poni et ibi nubentes velatis capitibus in confarreatione residerent. „ — I dieci testimoni stavano probabilmente a rappresentare le dieci curie della tribù dello sposo.

cui essa riposa, fu comune a tutti i popoli indo-europei, ed è perciò antichissima. Come lo dice la parola stessa, essa era una cerimonia consistente in una simbolica *mancipatio* della sposa. Lo sposo alla presenza del libripende e di cinque testimoni[1] batteva la bilancia con un pezzetto di rame *(raudusculum)* e lo passava quindi al venditore della donna, che era naturalmente chi esercitava un potere sopra la medesima, il padre od il tutore. Dopo di che lo sposo domandava alla sposa se voleva entrare nella sua famiglia, ed una corrispondente domanda gli era da essa rivolta. Questo serviva a determinare lo scopo e le condizioni della vendita (*lex mancipii*) e a distinguerla così dalla semplice mancipazione.[2] Certo posteriore di tempo alle due precedenti, ma ad ogni modo più antica della legislazione decemvirale, fu la forma meno solenne dell'*usus*.

*Usus.* — Come nei diritti reali accanto alla *mancipatio* si ebbe la usucapione dei mobili col possesso continuato per lo spazio di un anno, così si attribuirono tutti gli effetti della *coemtio* alla convivenza con una donna continuata egualmente per il corso di un anno. Sarebbe però grave errore lo scorgervi già una legittimazione del concubinato: dacchè la *manus* che si acquistava coll'*usus* presupponesse un vero matrimonio, e questo esigesse la maturità del sesso, il connubio ed il consenso ossia la *maritalis affectio.*[3]

Perchè il matrimonio fosse considerato come *iustae nuptiæ*, era necessario che esistesse la capacità alle nozze, il reciproco

---

[1] Ordinariamente essi si ritengono come i rappresentanti delle cinque classi di Servio Tullio.

[2] Gai. I, 113. " Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, adhititis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende... Serv. ad Virg. Aeneid. 4, 214. — Boeth. in Cicer. Top. 3, 14 " Coemtio vero certis solemnitatibus peragebatur et sese in coemendo invicem interrogabant, vir ita an sibi mulier materfamilias esse vellet ? Illa respondebat, velle. Item mulier interrogabat; an vir sibi paterfamilias esse vellet ? Ille respondit, velle. Quam solemnitatem suis iuris institutis Ulpianus exponit. " — Probabilmente da una cattiva interpretazione del passo relativo d'Ulpiano sorse il concetto espresso da Servio ad Virg. Georg. 1, 31 e da Isidoro Origin. 5, 24, che la *coemptio* fosse una mancipazione reciproca. — Quanto alla coemptio fiduciæ causa, v. più sotto § 177.

[3] Gai. I, 111. " Usu in manum conveniebat quæ anno continuo nupta perseverabat: quæ enim velut annua possessione usu capiebatur, in familiam viri transiebat filiæque locum optinebat, itaque lege XII tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quodannis trinoctio abesset adque ita usum cuiusque anni interrumperet. Set hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum " — Questo modo di acquistare la *manus* era adunque comune ai patrizi ed ai plebei, poichè la legislazione delle XII tavole riposava sopra consuetudini comuni alle due classi.

consenso ed il connubio. Sotto quest' ultimo rapporto non valevano quindi come matrimoni legittimi quelli contratti fra patrizi e plebei avanti la legge Canuleia [1] e fra cittadini Romani e Latini e peregrini. [2] Non erano del pari considerati come tali le unioni fra prossimi parenti (*incestae, nefariae nuptiae*), [4] fra schiavi ovvero fra liberi e schiavi (*contubernia*) e finalmente fra liberi senza la *maritalis affectio* (*concubinatus*). [5]

Le forme di sopra descritte investivano, come fu detto, il marito di uno speciale potere sopra la moglie, detto *manus*. Esso consisteva in ciò che non appena la donna era passata nella famiglia del marito (*in manum convenit*) si troncava ogni rapporto così religioso come privato fra essa e la famiglia dalla quale usciva; essa acquistava i *sacra* del marito, prendeva il luogo di una figlia (*filiæ locum obtinebat*) [5] e come tale era anche trattata nella successione ereditaria: [6] il marito acquistava alla sua volta la proprietà della dote e di tutto ciò che essa acquistasse, non meno che il diritto di ucciderla, [7] di correggerla, di manciparla.

Questo potere rigoroso andò però lentamente modificandosi, e giunse un tempo in cui si trovò in pieno disaccordo colle idee e coi costumi della società romana. La transizione ad una forma libera di matrimonio si scorge già nell'acquisto della *manus* per mezzo dell'*usus*. Mentre la *manus* si acquistava tosto nel matrimonio

---

[1] Com'è noto, il *ius connubii* fra patrizi e plebei non fu introdotto se non dalla legge Canuleia alcuni anni dopo la legislazione decemvirale.

[2] Ammenochè non fosse loro espressamente accordato il *ius connubii* Gai, I, 56, 57. Tali matrimoni erano giudicati secondo il diritto delle genti ed i figli seguivano la condizione della madre. Ciò avveniva in origine anche quando la madre fosse cittadina romana: ma una legge Minutia (vulg. Mensia) fece una eccezione pel caso che il padre fosse un peregrino, chè allora il figlio seguiva la condizione del padre (Ulp. V, 8. Gai. I, 78). Nulla fu però innovato quanto a Latini (Gai. I, 80). Vedi *Parte Prima*, § 6, pag. 50.

[3] Vegg. § seguente, pag. 125.

[4] Il concubinato era dapprima la illecita convivenza di un uomo, legato in legittimo matrimonio, con una *pellex* (Fest. p. 222. Gell. 4, 3), ma fu in seguito in tempi di generale tendenza al celibato determinato e permesso dalle leggi Julia de adulteriis e Papia Poppea. Con questo però il concubinato privo della *maritalis affectio* non divenne un matrimonio valido.

[5] Gai. I, 136. Naturalmente, quando il marito fosse stato figlio di famiglia, la moglie prendeva il luogo di nipote (nepotis *loco*) del *paterfamilias*: ed in questo caso non assumeva nemmeno il titolo di *materfamilias*.

[6] Gai. II, 139, 159, III, 14, 24, 82, 84. IV, 38; Ulp. fragm., XXII, 14.

[7] Questo *ius vitæ et necis* era solo mitigato dai costumi nel senso, che il marito, tranne il caso di adulterio, non poteva prendere disposizione alcuna senza avere convocato udito un consiglio di famiglia composto dei più stretti parenti. V. p. e. Tacit. Ann. 13, 32.

confarreato e nella *coemptio*, e non si estingueva se non con una *diffarreatio* per il primo e con una *remancipatio* per la seconda,[1] era possibile alla donna, fuori di quelle due forme, di impedire al marito l'acquisto della *manus* coll'interrompere l'*usus* stando ogni anno tre notti consecutive fuori del tetto maritale (*trinoctii usurpatio*).[2] Però l'*usus* da prima, poi la *coemptio* cedettero addirittura il luogo nei primi due secoli dell'impero alla forma libera di matrimonio senza solennità e senza *manus*, che troviamo nel diritto giustinianeo. Il marito non acquistava se non il diritto di uccidere la moglie in caso di adulterio. Del resto quest'ultima rimaneva nella patria potestà del suo padre o nella tutela del suo tutore: conservava il suo patrimonio e tuttociò che acquistava in seguito; e se la dote diveniva proprietà del marito, questi doveva il più delle volte obbligarsi a restituirla in caso di separazione o di morte. La donna apparteneva, per così dire, ad una famiglia straniera, tanto che il padre conservava la giurisdizione sopra di lei e poteva anche sciogliere il matrimonio in forza della sua patria potestà.

Sparita finalmente ogni distinzione fra i sudditi dell'impero, più non si dissero *justae nuptiae* se non quelle contratte colle norme che passiamo ad esporre.

## § 161.

### Requisiti del matrimonio.

Abbiamo già accennato come, in qualunque forma fossero contratte le *iustae nuptiae*, si richiedeva sempre alla loro efficacia la capacità a generare e il consenso dei coniugi. A questi requisiti si deve aggiungere l'assenza di ogni impedimento legittimo.

*Capacità.* — I coniugi debbono essere pel loro sviluppo fisico atti all'unione sessuale, la quale capacità il diritto romano supponeva nei maschi agli anni 14, nelle femmine ai 12.[3] La sposa minore di 12 anni non diveniva legittima moglie se non quando continuava a convivere collo sposo fino al compimento di quella

---

[1] Fest. s. v. *Diffarreatio* " genus sacrificii quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio: quia fiebat farreo libo adhibito „ Gai. I, 137. " Remancipatione desinunt in manu esse et cum ex remancipatione manomissae fuerint, sui juris efficiuntur. „

[2] V. Gai. cit. vedi più sopra pag. 120, nota 3.

[3] Fr. Inst. de nupt. 1, 10. Pel Cod. civ. l'uomo deve aver compito gli anni 18, la donna i 15: art. 55. Cf. però art. 68.

età.[1] Incapaci di contrar matrimonio sono gli evirati (*castrati*), non già gli impotenti (*frigidi, spadones*) ed i vecchi.[2]

*Consenso.* — Il matrimonio vien posto in essere mediante un contratto. Questo contratto esige soltanto che gli sposi siano capaci di consentire, e che il loro consenso sia serio e non simulato.[3] Non è invece necessaria una forma determinata qualunque.

Tutte le cerimonie esteriori, che gli scrittori latini ci hanno trasmesse, e fra le quali primeggiava il solenne accompagnamento della sposa alla casa del marito (*in domum deductio*) potevano essere segni più o meno sicuri della esistenza della volontà; ma non erano essenziali alla validità del matrimonio.[4] Tanto meno è considerata essenziale la consumazione del matrimonio (*c. d. copula carnalis*)[5] Il contratto di matrimonio non ammette condizioni sospensive, nè termini siano sospensivi siano risolutivi.

Al consenso dei coniugi deve però aggiungersi quello del genitore o dell'avo, quando i medesimi si trovino sotto il loro potere.[6] Questo consenso non abbisogna di una forma speciale, tantochè può essere accordato anche tacitamente, quando cioè colui

---

[1] Fr. 4 D. de ritu nupt 23, 2.

[2] Fr. 39 § 1 D. de iure dot. 23, 3 Const. 10 C. de repud. 5, 17. nov. 22, c. 6. Canst. 27 de nupt. 5, 4. Ulp. fragm. XVI, 3, 4. — La impotenza dei castrati è manifesta mentre non è lo stesso di ogni altra specie d'impotenza: quindi i Romani non ne tennero conto specialmente attesa la libertà del divorzio. La impotenza era dunque causa di scioglimento, non di nullità del matrimonio. Il diritto canonico l'ammise come causa di nullità quando si trattasse di impotenza insanabile, preesistente e ignorata dall'altro coniuge. Per il Codice civ. (art. 107) vale lo stesso principio.

[3] Fr. 30 de ritu nupt. 23, 2. Fr. 14 de spons. 23, 1. Cod. civ. art. 61. Una rappresentanza non può naturalmente supplire al difetto di volontà riguardo al matrimonio e quindi il demente non può contrarlo, mentre però la demenza sopravvenuta posteriormente non risolve un matrimonio validamente contratto (fr. 16 § 2 de R. N. 23, 2: fr. 8 pr. de his qui sui 1. 6).

[4] Const. 22 de nupt. 5, 4. Il Codice civile richiede invece certe forme solenni di celebrazione, la mancanza delle quali rende il matrimonio completamente nullo. Vedi articolo 70-81, 98-99.

[5] Fr. 30 de R. I. 50, 17 "nuptias non concubitus sed consensus facit„ Fr. 32 § 13 de don int. vir. et ux. 24, 1. fr. 15 de cond. et dem. 35, 1. — La copula era invece richiesta dal diritto canonico. Il Cod. civ. è ritornato ai princìpî del diritto romano.

[6] Pr. I de cupt. 1. 10. Fr. 2. 3. 18. 35 de R. N, 23, 2. Const. 7. 12 de nupt. 5, 4. Per il nipote *ex filio* oltre il consenso dell'avo è necessario anche quello del padre, poichè i figli nascituri saranno per ricadere nella potestà di quest'ultimo nè è ammissibile che *ei invito suus heres agnascatur;* non è così per la nipote *ex filio*, i cui figli cadranno sotto la potestà di un altro (fr. 16 § 1 fr. 9 pr. de R. N. 23, 2). Non è necessario invece il consenso della madre, dell'ava, di altri parenti o del tutore (fr. 20 de R. N.23, 2. Const. 8 de nupt. 5, 4). Vedi invece Cod. civ. art. 63-67. e sull'interpretazione di quest'ultimo articolo nell'Archivio giuridico, le memorie di Silva (VI, 513-521; VIII, 538-550) e Mazzara (VII, 459-463).

che potrebbe opporsi lascia che si contragga il matrimonio. [1] Una ratifica posteriore conferma il matrimonio già contratto, ma non in guisa da produrre effetti retroattivi. [2] Quando colui che è rivestito della *potestas* non possa manifestare il suo consenso, perchè sia assente o prigioniero di guerra, il consenso diviene inutile dopo tre anni ed anche prima se può ritenersi come verisimile: [3] quando non lo possa per demenza o imbecillità, il consenso deve essere supplito dal magistrato, uditi il curatore ed i membri più distinti della famiglia: [4] quando finalmente lo rifiuti senza sufficiente motivo, esso può esser supplito dal magistrato. [5] I figli finalmente *sui iuris* abbisognano del consenso paterno solo quando siano di sesso femminino e minori. [6]

È da osservarsi finalmente quanto al consenso, che esso può fare assolutamente difetto nel caso di un errore essenziale, qual sarebbe quello sulla identità della persona. [7] Quando però esso sia stato ottenuto con mezzi illegittimi, come sarebbe con minaccie, il matrimonio non è per questo meno valido [8] nè vi si possono applicare i rimedi dell'*actio quod metus causa*, della restituzione in intiero ecc. L' unico rimedio è in questo caso offerto dalla libertà del divorzio.

*Assenza di impedimenti.* — Gli impedimenti ad un matrimonio possono essere assoluti o relativi, secondochè si oppongono al matrimonio con qualsiasi persona oppure con alcune determinate persone.

Sono impedimenti assoluti: la schiavitù, [9] un matrimonio ancora esistente, [10] il voto di castità e gli ordini maggiori. [11] La vedova

---

[1] Const. 5 de nupt. 5, 4.

[2] Pr. Inst. de nupt. 1, 10, fr. 12 § 6 ad leg. Int. de ad. 48, 5.

[3] Fr. 9 § 1.' 10, 11 de R. N. 23, 2.

[4] Pr. Inst. cit. Cons. 25 de nupt. 5, 4. cf. Const. 28 de episc. aud. 1, 4.

[5] Fr. 19 de R. N. 23. 2.

[6] Fr. 25 de R. N. 23, 2. Const, 18, 20 de nupt. 5, 4.

[7] Quanto all'errore nella persona come causa di nullità del matrimonio nella legislazione italiana puoi consultare nell'Archivio giuridico le memorie di Castellini (V, 218-244), Buniva (V, 454-461; VIII, 429-451) e Pallotti (VI, 231-267; 289-313) in cui la questione fu dottamente agitata.

[8] Fr. 22 de R. N. 23, 2. " Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur. „ Cf. fr. 21 § 5 quod met. cau. 4, 2.

[9] Però nel diritto giustinianeo era valido il matrimonio di un libero colla propria schiava dacchè esso ne implicasse la manumissione (Conts. un. § 9 de lat. lib. toll. 6, 6. Novella 22. c. 11).

[10] La bigamia non solo non è ammessa § 6, 7. Inst. de nupt. 1, 10: fr. 11 de div. 24, 2; Nov. 18 c. 5) ma è anche punita (Const. 2 de inc. nupt. 5, 5: const. 18 ad leg. Tul. de ad 9, 9), Cod. civ. art. 56.

[11] Nov. 5 c. 8. Nov. 6, c. 1 § 7: Const. 45 de episc. et cler. 1, 3. Nov. 22 c. 42. Nov. 123. c. 14. Vedi nell'Archivio giuridico De Marinis (XV, 411-435).

inoltre non può durante l'anno del lutto contrarre matrimonio senza incorrere nell' infamia.[1] È punito del pari, ma non dichiarato nullo, il nuovo matrimonio dell' adultera rimandata dal marito.[2]

Sono impedimenti relativi: 1.° la parentela, in quanto sono considerate come nozze incestuose quelle contratte fra ascendenti e discendenti,[3] fra fratelli e sorelle,[4] con fratelli o sorelle del proprio ascendente o coi discendenti dei propri fratelli o sorelle (*respectus parentelæ*),[5] fra persona adottante e adottata, fra questa e i collaterali *in secondo grado e fratelli o sorelle* dell' adottante;[6] tra affini in linea retta all' infinito, in linea collaterale in secondo grado;[7] tra quasi-affini, cioè tra l'ascendente adottivo e il coniuge del discendente e viceversa,[8] fra patrigno e vedova del figliastro e viceversa,[9] fra il coniuge separato e i figli che l'altro coniuge ha avuto da altre nozze,[10] fra la persona fidanzata e gli ascendenti o discendenti dell'altra,[11] finalmente fra il padrino e la figlioccia.[12]

2.° la diversità di religione, per la quale sono vietate le nozze fra cristiani ed ebrei.[13]

3.° una certa posizione od ufficio, per cui chi sostiene una pubblica carica in una provincia, nel tempo che la sostiene, non può sposare alcuna donna appartenente per origine o domicilio a quella provincia.[14]

---

[1] Lo scopo di questo impedimento è quello di evitare la incertezza della paternitá (*turbatio sanguinis*). F. 1. 11 § 1 de his qui not. inf. 3, 2. Cod. civ. art. 57.

[2] Fr. 26 de R. N. 23, 2. f. 29 § 1 ad leg. Iul. de adult. 48, 5.

[3] § 1 Inst. de nupt. 1, 10: fr. 53 e 55 de R. N. 23, 2. Const. 17 de nupt. 5, 4. Codice civ. art. 58 — Per questo e per altri due impedimenti basta la parentela naturale, quindi anche la *servilis cognatio*.

[4] Fr. 54 de rit. nupt. 23, 2. § 2. Inst. de nupt. 1, 10. Cod. civ. art. 59.

[5] Inst. § 3, 5 de nupt. 1, 10 fr. 17 § 2 e 39 de R. N. 23, 2. Const. 17 de nupt. 5, 4. const. 9 de inc. nupt. 5, 5. Cod. civ. art. cit.

[6] § 1, 2, 3, 6. Inst. de nupt. 1, 10. fr. 10. 17, 55. de R. N. 23, 2. Estinguendosi però l'adozione perdura l'impedimento solo fra ascendenti e discendenti, non fra collaterali. Codice civ. art. 60.

[7] Const. 5, 8, 9 de inc. nupt. 5, 5. § 6. 7 Inst. de nupt. 1, 10 Cod. civ. art. 59.

[8] Fr. 14. § 1 e ult. De R. N. 23, 2. Anche in questo caso l'impedimento continua nonostante la cessazione del vincolo adottivo.

[9] Fr. 15. de R. N. 23, 2.

[10] § 9 Inst. de nupt. 1, 10.

[11] § 9 Inst. cit. fr. 12 § 1, 2. fr. 14 § ult. De R. N. 23, 2.

[12] In conseguenza della parentela spirituale, c. 26 de nupt. 5, 4.

[13] Const. 6 de iud. 1, 9.

[14] Fr. 38 pr. de R. N. const. un. Si rect. prov. 5, 2 const. un. si quac. praedit. pot. 5, 7. Gli impedimenti nascenti da ogni altra diversità di posizione sociale furono aboliti da Giustiniano. Essi derivano dalla legge Iulia e Papia, la quale inibiva ai senatori e

4.° l'ufficio della tutela, in quanto il tutore ed il curatore, i loro discendenti ed eredi, non meno che coloro che abbiano sopra di essi la patria potestà, non possono sposare la pupilla prima del rendimento dei conti e prima che sia scorso il termine della restituzione in intiero per minore età.[1]

5.° finalmente l'adulterio e il ratto, i quali reati escludono per sempre le nozze fra le persone che vi avevan preso parte.[2]

La mancanza di uno dei suaccennati requisiti porta seco la invalidità delle nozze, talchè esse possono esser risolute ad ogni momento ad arbitrio dei contraenti senza alcun effetto giuridico. Il Diritto Canonico modificò le disposizioni del Diritto Romano sia quanto agli impedimenti,[3] sia riguardo alla invalidità del matrimonio, ammettendo per la sua esistenza la necessità di una azione di nullità da promuoversi davanti all'autorità competente,[4] sia coll'accettare una distinzione straniera al Diritto Romano fra impedimenti che annullano assolutamente e semplicemente differi-

---

figli di senatori di contrar matrimonio con libertine (Ulp. fragm. XIII, 1. XVI, 2. pagina 44 de R. N. 23, 2), ai medesimi non meno che in generale agli ingenui di sposare persone famose, persone " *quæ artem ludicram fecerint* „ e meretrici (*nuptiæ indecoræ*) (Ulp. frag. cit. fr. cii. e § 1 eod.); da un Senatusconsulto sotto Adriano, che assolutamente proibiva il matrimonio di un senatore e figlio di senatore con una libertina (fr. 16. pr. fr. 42 § 1 De R. N. 23, 2. fr. 3 § 1 de donat. int. vir. et ux. 24, 1): finalmente una costituzione di Costantino, che proibiva sotto pena d'infamia ai senatori, prefetti e decemviri le nozze con *humiles abiectæve personæ* (Const. 1. de nat. lib. 5. 7).

[1] Fr. 36. fr. 59. fr. 60 pr. § 7. fr. 62. § 2. fr. 64 § 1, 2. fr. 66. fr. 67 pr. § 1, 2 de R. N. 23, 2. Const. 5 e 6. de interd. matr. 5, 6. Non era però vietato il matrimonio del pupillo colla figlia del tutore.

[2] Fr. 13 de his quæ ut indign. 34, 9. Nov. 134 13. Const. un. § 1 de raptu virg. 9, 13. — Per il Cod. civ- art. 62. è un impedimento nascente da delitto l'omicidio volontario o la complicità in esso commesso, mancato o tentato sopra la persona di un coniuge: affinchè la speranza delle nozze non spinga al delitto, esse sono escluse fra l'altro coniuge e il reo od il complice.

[3] Per parentela e per affinità l'impedimento va per Diritto Canonico fino al quarto grado inclusivo della linea collaterale. Per le disposizioni del Concilio Tridentino gli impedimenti nascenti da concubinato, da sponsali, da parentela spirituale furono limitati al secondo grado per il primo, al primo grado per i secondi, per la parentela spirituale finalmente solo fra patrino e figliocci e suoi genitori. Quanto alla religione il matrimonio era proibito anche fra ortodossi ed eretici Gli impedimenti nascenti da adulterio e ratto furono limitati dal Diritto canonico nel senso che l'adulterio costituisce impedimento sol quando uno degli adulteri od ambedue hanno insidiato alla vita dell'altro coniuge, o durante il matrimonio si sono accordati nel caso del suo scioglimento: e nel caso del ratto è ammesso il matrimonio quando la rapita ridotta che sia in luogo sicuro vi consente.

[4] Anche il Codice civ. esige l'azione di nullità e la dichiarazione della medesima fatta dal tribunale, V. art. 104-116.

scono il matrimonio, *dirimentia*, *impedientia.* [1] Il Diritto Romano accordò in alcuni casi all'Imperatore la facoltà di dispensare dagli impedimenti alle nozze. [2] Questo diritto di dispensa fu accordato dal Diritto Canonico al Romano Pontefice, dal Codice Civile Italiano al Re. [3]

## § 162.

### Degli sponsali,

Il matrimonio può essere preceduto dagli sponsali ossia da un contratto sopra la futura celebrazione del medesimo. [4]

I requisiti per la validità degli sponsali sono quei medesimi che vedemmo per il matrimonio. Solamente quanto alla capacità possono contrarre gli sponsali anche gli impuberi *infantia maiores:* [5] quanto al consenso esso non abbisogna neppure per gli sponsali di alcuna forma e può essere manifestato anche per mezzo di rappresentante; [6] ma il padre può fidanzare la sua figlia in *potestate* anche senza l'assentimento di questa, purchè non si tratti di persona indegna o turpe; [7] quanto agli impedimenti, non valgono per gli sponsali quelli nascenti da un certo ufficio, e dall'anno del lutto. [8] L'apposizione di una condizione e di un termine non ripugna agli sponsali.

---

[1] Si vogliono annoverare fra gli impedienti gli impedimenti ammessi dal Diritto Romano per l'anno del lutto, e per gli sponsali contratti con altra persona: ma in realtà i Romani non hanno conosciuto la distinzione fra impedimenti che annullino e che differiscano le nozze. Gli impedimenti del Diritto Canonico sono gli sponsali con altra persona, il voto non solenne di castità, il tempo proibito (dall'Avvento all'Epifania, e dal mercoledì delle Ceneri fino a Pasqua), il termine delle denunzie, la loro mancanza, il termine per la risoluzione di opposizioni elevate. — Il Cod. civ. non conosce la nomenclatura del Diritto Canonico: però esistono alcuni impedimenti proibitivi, vedi PACIFICI-MAZZONI *Istituzioni di Diritto Civile Italiano* Vol. I. § 234-235.

[2] Fr. 10 de his qui not. inf. 3, 2: fr. 31 de R. N. 23, 2. Const. 7 de interd. matr. int. tut. 5, 6. Tit. Cod. Si nup. ex rescr. pet. 5, 8.

[3] Pel Codice civ. il Re può dispensare dagli impedimenti nascenti da affinità, da vari gradi di parentela e dalla mancanza dell'età legale. Art. 68.

[4] Fr. 1 de spons. 23, 1. " Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum " fr. 2 eod. " Sponsalia autem dicta sunt *spondendo*, nam moris fuit veteribus *stipulari et spondere* sibi uxores futuras. " Cod. civ. art. 53.

[5] Fr. 14 de spons. 23, 1.

[6] Fr. 4 pr. § 1; fr. 7. pr. de spons. 23, 1. Il Codice civile richiede anche qui certe forme speciali, perchè ne sorgano effetti civili, art. 54.

[7] Fr. 7 § 1. fr. 11. fr. 12 pr. § 1. fr. 13 de spons. 23. 1.

[8] Fr. 14 de spons. 23, 1. Fr. 38 pr. de R. N. 23, 2.

Per quello che riguarda gli effetti giuridici degli sponsali essi non danno vita ad alcuna azione, che costringa al matrimonio promesso, [1] anzi la stipulazione di una pena, che fosse aggiunta ad essi pel caso d'inadempimento delle promessa, è invalida come contraria ai buoni costumi. [2] Però gli sponsali avevano effetti analoghi al matrimonio, per la quasi affinità che ne nasceva, [3] per l'ostacolo ad altri sponsali o ad altre nozze, [4] per il debito di fedeltà, [5] per il diritto del fidanzato di vendicare le ingiurie fatte alla sposa. [6] Quanto alle caparre, che si solevano dare a conferma degli sponsali (*arrhæ sponsalitiæ*), colui che le ricevè deve rendere il doppio, e colui che le dette, perde ogni diritto alla restituzione, quando il matrimonio non si verifica per loro colpa: la quale può consistere così in un inadempimento ingiustificato, come pure nell'offrire all'altro una giusta causa di recedere dalla fatta promessa. [7] Quando però chi riceve la caparra sia minore, è obbligato alla sola restituzione del *simplum*. I donativi poi, che sogliono farsi i fidanzati (*sponsalitia largitas-munera*) ricadevano sotto le regole comuni delle donazioni, [8] e solo dopo una costituzione di Costantino potevan essere ripetuti pel caso di inadempimento della promessa, quando però il ripetente non fosse in colpa; e di più quando l'inadempimento si verificasse per la morte di uno dei fidanzati, nel qual caso la sposa baciata, nel contrarre degli sponsali (*interveniente osculo*), o il suo erede lucravano la metà dei donativi. [9]

---

[1] Const. 1 de spons. 5, 1. Const. 2. de repud. 5, 16. Così anche l'art. 53 del Codice Civile.

[2] „ Quia inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. „ Fr. 71 § 1 de Cond. ei dem. 35, 1. fr. 134 pr. de verb. obl. 45, 1 Const. 5, 1. cf. de spons. 5, 1. cf. const. 2 de inut. stip. 8. 39.

[3] V. § preced. pag. 125.

[4] Chi nonostante i contratti sponsali ne contraeva altri o si maritava e chiunque l'evesse imposto ai figli in forza della patria potestà, incorreva nell'infamia, Fr. 1. fr. 13 § 1, 2 3, 4 de his qui not. inf. 3, 2.

[5] Const. 5 de spons. 5, 1; fr. 13 §. 3, 8. ad leg. Iul. 48, 5.

[6] Fr. 15 § 24 de iniur. 47, 10.

[7] const. 3 e 5 de spons. 5, 1.

[8] Fr. 1 § 1 de donat. 39, 5. Const. 10, 11 de donat. ante nupt. 5, 3.

[9] Const. 15, 16 de donat ant. nupt 5, 3. — Pel Codice civile il promettente, che ricusi senza giusto motivo di eseguire la sua promessa risultante da atto pubblico o da scrittura privata o dalle pubblicazioni, è obbligato a risarcire l'altra parte delle *spese fatte per causa del promesso matrimonio*, art. 54.

Gli sponsali si risolvono colla morte, col posteriore verificarsi di un impedimento al matrimonio, col mutuo dissenso, colla semplice manifestazione di volontà di una parte (*repudium*). Chi recedeva dal contratto in quest' ultima guisa, non era tenuto ad addurne le cause e solo la sua dichiarazione doveva essere espressa e soggetta a certe forme, onde distinguere lo sfogo del maltalento passeggiero dal fermo proposito. [1]

## § 163.
### Rapporti giuridici nascenti dal matrimonio.

I rapporti che nascono fra i coniugi in seguito al matrimonio non sono tutti di natura giuridica. Così nel diritto Romano come nel diritto moderno il matrimonio è un istituto sociale, nel quale l' elemento etico ha una grandissima parte, e sfugge quindi sotto molti rapporti alle disposizioni giuridiche. È di queste soltanto che dobbiamo occuparci in questo luogo.

I rapporti giuridici fra i coniugi sono di doppia natura, secondo che riguardano le loro persone od i loro averi: essi sono rapporti giuridici *personali* e *patrimoniali*.

*Rapporti personali fra i coniugi.* — Appunto per il concetto, che i Romani si formavano dei rapporti nascenti dal matrimonio, poche sono le norme del loro diritto relative a rapporti personali dei coniugi. Esse hanno più specialmente riguardo alla giurisdizione familiare e a certi diritti inerenti alla rappresentanza della persona della moglie. Abbiamo già esposto quale fosse la condizione della donna, che veniva nella *manus* del marito. Ma anche nei matrimoni liberi il marito ebbe sempre un potere disciplinare ed una giurisdizione criminale sopra la moglie che mancasse ai suoi doveri. Quel potere discendeva secondo i Romani non già dal rapporto singolare della *manus*, ma dal diritto stesso maritale. [2] I diritti del marito erano però molto più limitati riguardo alla moglie, che riguardo ai figli. In un solo caso egli aveva diritto assoluto di vita e di morte sulla moglie, quando cioè la cogliesse in flagrante adulterio: ed anche in questo caso doveva uccidere insieme ad essa l' adultero. [3] In tutti gli altri egli era obbligato a

---

[1] Const. 1 *de spons.* 5, 1. Const. 2 *de repud.* 5, 17. Fr. 2, § 2 de divort. 24, 2.

[2] Cf. Cicer. de re publ. 4, 6. " Nec vero mulieribus præfectus præponatur, qui apud Græcos creari solet, sed sit censor, *qui viros doceat moderari uxoribus.* "

[3] Gell. 10, 23; Senec. *de ira* 1; Quintil. 5, 10, 104, 7, 1, 6, decl. 277.

convocare pel *iudicium domesticum* un consiglio di parenti.[1] Chi non osservasse questa antichissima consuetudine, era punito.[2] Nei più antichi tempi la sentenza era sovente di morte,[3] ma più tardi soleva pronunziarsi soltanto il divorzio.[4]

La donna era considerata per il diritto pubblico dei Romani come esclusa dal consorzio politico.[5] Il marito quindi era sempre il rappresentante della moglie: e aveva per conseguenza contro terze persone l'azione di ingiurie, quando la sua consorte fosse stata insultata.[6] Per la stessa ragione egli poteva ripeterla da chiunque la trattenesse illegalmente con un interdetto analogo a quello che spettava al padre per i propri figli *(interdictum de uxore exhibenda et ducenda)*; e che nel secondo secolo d. C. fu concesso al marito anche contro il suocero, che avesse conservata la sua patria potestà sulla figlia maritata.[7] Un' ultima conseguenza del concetto romano dei rapporti coniugali si era che le sottrazioni fatte dalla moglie nella casa del marito non furono mai considerate come un vero e proprio furto: tantochè il marito (e poi anche la moglie verso il marito) non poteva sperimentare l'*actio furti*, che portava seco l'infamia, ma l'*actio rerum amotarum*, un' azione singolare che era una *condictio*, ma non aveva quelle rigorose conseguenze.[8]

*Rapporti patrimoniali fra i coniugi.* — Bisogna distinguere a questo riguardo i matrimoni colla *manus* o senza la *manus*. Nei primi

---

[1] Dion. 5, 25; Tacit. Ann. 13, 32. — I parenti erano naturalmente di ambe le parti. (Polyb. 6, 2).

[2] Cf. Val. Max. 2, 9, 2.

[3] Tacit. Ann. 13, 32; Plin. n. 4, 14, 14, 13; Val. Max. 6, 3, 7; Dion. 2, 25.

[4] Val. Max. 2, 9, 2. — Come i più gravi reati domestici della moglie si consideravano nei tempi più antichi, oltre l'adulterio, il bever vino di nascosto (Dion. 2, 25; Plin. n. 4. l. c.; Gell. 10, 23), magia ed omicidio (Plut. Rom. 22), falsificazioni di chiavi (Plut. l. c.), più tardi ancora l'esercizio di culti stranieri (Tac. Ann. 13, 32).

[5] Il diritto del marito e del padre era così rispettato, che la esecuzione stessa della donna condannata in un pubblico giudizio era dal magistrato rilasciata alla famiglia. V. Liv. 39. 18; Val. Max. 6, 3, 7.

[6] Gai. 3, 221; Paull. r. s. 5, 4, 3; Fr. 1, 3, 11, 7; Dig. 47, 10, § 2; Inst. 4, 4.

[7] Fr. 1, § 5; Dig. 43, 10; fr. 2, D. 43, 30, Const. 11; Cod. 5, 4.

[8] Fr. 1, 2 Dig. 25, 2. „Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nervae et Cassio, quia societas vitae quodam modo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidam eam facere, sicut filia patri faciat sed furti non esse actionem constituto iure: nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur."

tuttociò che possedeva la moglie, passava di diritto nel patrimonio del marito,[1] e tuttociò, che essa acquistava durante il matrimonio, era del pari acquistato al marito.[2] È da notare però che questo diritto rigoroso fu molto limitato in fatto dai costumi familiari[3] e dalla pratica. Se infatti per la *capitis deminutio* che soffriva la donna passando sotto la *manus* del marito, tutti i suoi debiti venivano ad estinguersi, ne erano escluse le obbligazioni in conseguenza di un' eredità, di un delitto, o di un deposito, anche per le altre rimaneva la obbligazione naturale; e, se il marito non rispondeva per la moglie, il pretore rimediava accordando un' azione utile ai creditori.[4] Se poi durante il matrimonio la moglie si obbligava positivamente verso i terzi o commetteva un delitto, i creditori potevano rivolgersi verso di lei, ed anche far vendere i suoi beni, quando il marito non ne rispondesse.[5]

Nei matrimoni liberi la moglie, che non fosse sotto la potestà del padre, aveva la libera proprietà ed amministrazione dei suoi averi.[6] Essa era però dipendente per alcuni atti dal suo tutore. Un rapporto singolare poi era quello dei beni dotali, dei quali passiamo a dire nel seguente paragrafo.

## § 164.

### Della dote e dei parafernali.

*Dos o res uxoria*[7] stette a significare da prima i beni, che la moglie portava al marito in generale, e venne poi a designare il concetto giuridico di quei beni, che la moglie porta al marito per sostenere i pesi matrimoniali e che questi deve restituire in caso di scioglimento del matrimonio.

La dote non è concepibile senza matrimonio,[8] però essa non dovè certamente esistere nei primi tempi sotto il regime della

---

[1] Cic. Top. 4; Gai. 2, 98. 3, 83.

[2] Gai. II, 86, 90; Ulp. fr. XIX, 18, 19, III, 163.

[3] Colum. r. r. 12 pref. " Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse iuris sui diceret *rel.* „ Cf. Plaut. Cas. 2, 2, 26 seg: Terent. Andr. 1, 5, 61.

[4] Gai. III, 84, IV, 38; fr. 21 pr. D. 16, 3.

[5] Gai. IV, 80.

[6] V. più sopra pag. 122.

[7] Paul. Diac. s. v. *dotem*, p. 69; Müll. Isidor. 5, 25. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 395 e seg.

[8] Fr. 3 D 23, 3. " Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Uticumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est. „

*manus*, [1] e non divenne un vero e proprio istituto giuridico, se non quando aumentatisi i divorzî capricciosi (vedi più sotto § 166) si sentì il bisogno di raffrenare la cupidigia dei mariti. Fin da quando però si generalizzarono i matrimoni liberi, la dote divenne una condizione indispensabile al collocamento delle fanciulle [2] ed una consuetudine così universale e radicata, che parve un punto d'onore il dotare le figlie e le sorelle [3] e si considerò anzi come cosa che interessasse l'ordine sociale e lo stato. [4] Sotto l'impero finalmente si obbligarono alla dotazione anche i più prossimi parenti. [5]

La dote può consistere così in denaro come in fondi, in mobili, in servi, in titoli di credito ed anche nella remissione di un debito. [6]

*Costituzione della dote.* — Essa deve essere costituita per un atto speciale, e lo può essere non solo dalla donna ma anche da qualunque altra persona. A seconda delle persone che la costituivano, prendeva diversi nomi. Così dicevasi *dos profectitia* quella che era costituita dal padre o dall'avo della donna e che esciva quindi dai beni della famiglia, [7] mentre era *dos adventicia* quella che era costituita da un'altra persona qualunque *(quæ a quovis alio data est)*, dalla donna stessa, dalla madre, dal fratello, da

---

[1] L'idea della dote in senso tecnico è veramente inconciliabile col concetto della *manus*. Sembra peró che in questo punto si verificasse un cangiamento negli ultimi tempi della repubblica, quando cioè l'istituto della dote si era già giuridicamente determinato. Forse la interpretazione dei giureconsulti ammise che tutto il patrimonio della donna passasse al marito nel caso di matrimonio colla *manus*, ma non più a titolo di proprietà assoluta, ma a titolo di dote. V. Cicer. top. 4. " Quum mulier viro *in manum convenit*, omnia, quae mulieris fuerunt, *viri fiunt dotis nomine*. Cf. Cic. pro Flacc. 34, 35. Vatic. fragm. 115. " Verum est quod a quibusdam dicitur, *omnia* in dotem dari bona posse? Paullus respondit, recte dotem datam; *dari posse, argumento esse in manum conventionem*. "

[2] Plaut. Aulul. 2, 2, 13 segg.

[3] Plaut. Trin. 3, 2, 63, segg.

[4] Terent. Phorm. 2, 3, 62 segg. " An ne hoc quidem ego adipiscar quod *ius publicum est*. Fr. 2 D. 23, 3; Fr. 1 Dig. 24, 3. " Quum dotatas esse feminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium. " Fr. 18 Dig. 42, 5.

[5] Fr. 19 D. 23, 2; const. 13 Cod. 5, 14. Per diritto giustinianeo sono obbligati per legge a costituire la dote: il padre o l'avo paterno, la madre solo in via eccezionale, e per diritto canonico anche il seduttore di una vergine. Sull'obbligo dei clienti di dotare le figlie dei patroni vedi Dion. 2, 10. — Il Cod. Civile It. (art. 147) nega ai figli ogni azione verso i genitori per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio. — Vedi in argomento Frugoni nell'*Archivio giuridico* (IV 471-511).

[6] Fr. 4, § 2 D. 23, 3; Fr. 21 Dig. 23, 4.

[7] Era profettizia anche la dote costituita per le figlie emancipate c. Fr. 5 pr. D. 23, 3.

un estraneo.[1] Quando quest' ultimo si riserbava la restituzione della dote per il caso dello scioglimento del matrimonio, si parlava di una *dos recepticia.*[2] Finalmente la dote era *necessaria o volontaria*, secondochè veniva costituita dalla persona obbligata alla dotazione o da altre persone.

Quanto alla forma della sua costituzione si distingueva nell'antico Diritto Romano una *datio dotis*, una *dictio dotis*, una *promissio dotis.*[3] La prima era una formale consegna delle cose destinate in dote, sia colla mancipazione o colla cessione *in iure* per le cose *mancipi* sia colla tradizione e susseguente usucapione.[4] La *dotis dictio* era una semplice promessa verbale, accompagnata probabilmente da parole solenni, che aveva gli effetti obbligatorî di una stipulazione.[5] La *promissio* finalmente era una semplice promessa in forma di stipulazione.[6] — Nel diritto posteriore non si conosceva se non una *datio* ed una *promissio* di dote, e quest' ultima poteva esser fatta in qualunque modo senza bisogno di una forma speciale.[7]

In occasione della costituzione della dote soleva stendersi un istrumento scritto (*tabulæ nuptiales*, *instrumentum nuptiale*, *instrumenta dotalia*, *tabulæ dotis*), il quale conteneva per lo più convenzioni accessorie p. e. sulla restituzione della dote, sul tempo, sul modo, sulla persona ec. Questi patti nuziali però (*pacta nuptialia*) per esser validi non dovevano derogare in nulla all' essenza stessa del matrimonio o della dote.[8]

*La dote durante il matrimonio.* — La stessa destinazione dei beni dotali doveva assegnare loro un posto singolare nel sistema

---

[1] ULP. Fr. 6, 3; Fr. 12 3 D. 26, 7. Vatic Fr. 269.

[2] ULP. Fr. 6, 5; Fr. 31 § 2. D. 39, 6.

[3] ULP. Fr. VI, 1. " Dos aut datur aut dicitur aut promittitur. "

[4] GAI. II, 63. Cf. TERENT. Phorm. 2, 1, 67, 5, 8, 36, 4, 5, 11. PLAUT. Cistell. 2, 3, 19. GAI. 10, 335; Fr. 6, § 1; Fr. 7 § 3 D. 23, 3.

[5] Fr. 19, § 2 D. 21, 1; ULP. Fr. 6, 2. " Dotem *dicere* potest mulier quæ nuptura est (cf. VATIC. Fr. 99): et debitor mulieris si iussu eius dicat item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater avus paternus, *dare, promittere* dotem omnes possunt. " Cf. NON. MARC. 4, 122; TERENT. Andr. 5, 4, 47 seg.

[6] ULP. Fr. 6, 2; Fr. 41 pr. D. 23, 3. " *Promittendo dotem omnes obligantur, cuiuscunque sexus conditionisque sint*, " Fr. 26 § 5 D. 23, 4.

[7] Const. 4 Cod. THEOD. 3, 13; const. 6. Cod. 5, 11. La promessa di dote è valida anche senza una determinazione precisa dell' oggetto; se fatta dalle persone obbligate a dotare s' intende in relazione all' obbligo loro; se da altri, secondo le regole dell' equità. — Quanto al pagamento (*numeratio*) della dote promessa vigeva in antico la consuetudine che il denaro si pagasse in tre rate annuali (anno di 10 mesi), il rimanente dentro l' anno POLYB. 32, 13. CICER. ad Att. 11, 2, 3, 4, 23, 25.

[8] Cf. Fr. 14 § 1 D. 24, 3; Fr. 4, 5 § 14-16. D. 23, 4; Fr. 19 D. 48, 1.

giuridico. Essendo destinata la dote ad alleggerire i pesi di una famiglia era naturale che il marito ne dovesse trarre tutti i vantaggi possibili:[1] e poichè ciò sarebbe stato impossibile quando fossero stati tracciati dei limiti alla disposizione di quei beni o la loro amministrazione fosse stata affidata ad altre persone, così si ritenne necessario considerare il diritto del marito pendente il matrimonio come un vero e proprio dominio del medesimo o di colui nella cui potestà egli si ritrovasse. Quindi il marito poteva usucapire, vindicare, alienare, disporre in ogni modo delle cose dotali, mentre la moglie non poteva disporne neppure per atto di ultima volontà.[2] A questo antico principio del diritto Romano non fece un'eccezione se non la *lex Julia de adulteriis*, la quale proibì al marito la alienazione dei fondi italici senza il consenso della moglie, e la pignorazione anche col consenso di essa.[3]

Nel tempo stesso però che si riconosceva il diritto assoluto di proprietà del marito, non si perdeva di vista che la dote aveva soltanto una destinazione temporaria ed eventuale e che il marito poteva esser costretto ad ogni momento alla restituzione. Da qui i principî giuridici, che il marito deve osservare nell'amministrazione del fondo dotale la diligenza, che è solito ad adoperare nelle cose sue, e che egli è responsabile di tutti i deterioramenti avvenuti per sua colpa.[4]

*La dote dopo il matrimonio.* — Il matrimonio poteva essere sciolto dalla morte o dal divorzio.

Nel caso della morte del marito la dote rimaneva nel patrimonio di lui, quando si trattasse di un matrimonio colla *manus*,

---

[1] Fr. 7 Dig. 23, 3. " Dotis fructum ad maritum pertinere debere æquitas suggerit: quum enim ipse onera matrimonii subeat, æquum est, eum etiam fructus percipere. " Fr. 56, § 1 Cod.

[2] Fr. 75, 7, § 3 Dig. 23, 3; fr. 9 § 1 Cod.; fr. 13 § 2 D. 23, 5; fr. 67. D. 24, 3. VAT. fr. 98.

[3] GAI. II, 63 PAULL. r. s. II, 21, 6, 2 Cf. tit. Dig. 23, 5. Secondo GAI. II, 66 si dubitava ai suoi tempi, se dovesse estendersi la disposizione della L. GIULIA ai fondi provinciali: GIUSTINIANO tolse ogni dubbio in senso affermativo: (Const. 1 § 15 Cod. 5, 13 Inst. 2, 8).

[4] Fr. 17 pr. D. 23, 3; fr. 28 D. 50, 17 — L'idea che i beni dotali non appartengono che temporariamente al marito, si rivela anche nel fatto che nelle confiscazioni delle guerre civili si rispiarmarono sempre. Perciò i giureconsulti dicevano " *Quamvis in bonis mariti* dos sit *mulieris tamen est.* (Fr. 75 D 23, 3) — Cf. GIUSTINIANO nella const. 30 Cod. 5, 12 " Cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et *naturaliter in eius permanserint dominio.* Non enim quod *legum subtilitate* transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. " — Cod. civ. 1399-1408.

e ritornava alla moglie o al padre, quando ella fosse ancora sotto la patria potestà, quando il matrimonio era libero.[1]

In caso di morte della moglie la dote rimaneva sempre presso il marito nei matrimoni colla *manus*; nei matrimoni liberi invece si introdusse verso la fine del governo consolare la distinzione, che la dote profettizia dovesse ritornare a chi l'aveva constituita (con riserva però per il marito di $^1/_5$ della dote per ogni figlio), e la dote avventizia dovesse invece rimanere presso il marito, quando il constituente non avesse patteggiato la restituzione (*dos recepticia*).[2] Giustiniano dispose però che anche questa dovesse andare agli eredi della moglie.[3]

Nel caso di divorzio bisognava distinguere per colpa di chi esso fosse stato pronunziato.

Se il divorzio era stato motivato dal marito, se cioè la sua cattiva condotta vi aveva costretta la moglie, ovvero egli non aveva alcuna ragione, la dote che egli avrebbe dovuto restituire nel termine ordinario di tre anni, doveva essere restituita tosto, se si trattava di adulterio, nel termine di sei mesi nel caso di più lievi mancanze,[4] nè vi era luogo a ritenzione per i figli.[5]

Quando invece la moglie era colpa del divorzio, il marito era autorizzato a ritenersi una porzione più o meno grande della dote a seconda della gravità della colpa. Se si trattava di un semplice capriccio della moglie o del padre, nella cui potestà essa si trovasse, il marito poteva riservarsi per il mantenimento della prole $^1/_6$ per ciascun figlio (*retentio propter liberos*): non poteva però ricevere più della metà della dote.[6] Se invece la cattiva condotta della moglie aveva motivato il divorzio, il marito poteva secondo le disposizioni della legge *Julia et P. Poppæa* ritenere nel caso di adulterio *(graviores mores)* un sesto della dote, nel caso di mancanze più lievi (*leviores mores*) un ottavo soltanto[7]

[1] Fr. 22 § 1, 4 segg. Dig. 24, 3.
[2] Ulpian.; fr. VI, 4. 5.
[3] Const. 1 §§ 4, 6, 13 Cod. 5, 13.
[4] Ulp.; fr. VI, 13,
[5] Cicer. Top. 4.
[6] Ulp.; fr. VI, 10.
[7] Ulp.; fr. VI, 12 " Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui „ Fr. 47 Dig. 24, 3; fr. 11 D. 48, 5 — Nei più antichi tempi le più gravi mancanze, quali l'adulterio ed il bever vino, erano cagione della perdita per la moglie dell'intiera dote. (Gell. 10, 23).

(*retentio propter mores*). A questa differenza negli svantaggi economici del divorzio si riferisce il singolare istituto del *iudicium de moribus*. Esso sorse dal bisogno che sentirono i coniugi di ricorrere al magistrato, quando non si trovassero d'accordo sopra la restituzione della dote e le ritenzioni. Il magistrato doveva allora indagare la condotta di ambedue i coniugi, ed esercitare così quasi un ufficio di censore.[1] Questa specie di *iudicium*, che durò per tutto l'impero,[2] fu abolito da Giustiniano, dopo di che il marito, per poter ritenere la dote o porzione di essa, doveva muovere una querela d'adulterio.[3] Altre ritenzioni erano ammesse *propter res donatas*, *propter res amotas* e *propter impensas*. — Le ritenzioni della dote erano compatibili coll'*actio rei uxoriæ* e non anche coll'*actio ex stipulatu*.[4]

Il divorzio poteva infine aver luogo di comune accordo (*bona gratia)* ed allora tutto dipendeva dalle convenzioni dei coniugi. Regolarmente la restituzione della dote si faceva, come il pagamento, in tre termini di un anno (di 10 mesi) ciascuno.[5]

*Azioni dotali*. — La più antica azione per la restituzione della dote era quella che sorgeva dalla stipulazione, che la moglie o il costituente la dote solevano contrarre col marito per loro garanzia (*cautio rei uxoriæ*). Questa *actio ex stipulatu* passava agli eredi del creditore.[6] Quando non era stata contratta una stipulazione ma un semplice patto, il creditore non aveva se non un'*actio præscriptis verbis*.[7]

Dappoichè però l'azione *ex stipulatu* non ammetteva compensazioni nè ritenzioni, così l'editto pretorio introdusse un'azione di buona fede, *in bonum et æquum concepta*, detta *actio rei uxoriæ* o *actio de dote*.[8] Essa poteva intentarsi anche quando il marito non avesse assunto alcuna espressa obbligazione, e spettava

---

[1] CATO ap. GELL. 10, 23 " *Iudex pro censore est.* „ — Cf. PLIN. n. 4, 14, 13, 14. PLUT. MAR. 38 VALER. MAX. 8, 2, 3.

[2] Fr. 5 pr. D. 23, 4; fr. 15 § 1; fr. 38, 39, 47; D. 24, 3; const. 1 Cod. Theod. 3, 13.

[3] Const, 11 § 2: Cod. 5, 17: const. 1 § 5 Cod. 13.

[4] Vedi pag. seguente, note 6-9.

[5] ULP.; fr. VI, 8. " Dos, si pondere, numero, mensura continentur annua, bima, trima die redditur: nisi si ut præsens reddatur, convenerit, Reliquæ dotes statim redduntur.

[6] Fr. 45 D. 24, 3: const. 6 Cod. 5, 12.

[7] Const. 1 Cod. 5, 14; const. 6 C. 5, 12 etc.

[8] CICER. Top. 15 de offic. 3, 15.; COLLAT. 20, 2, 2; fr. 8 Dig. 4, 5.

alla moglie, respettivamente al padre, nella cui potestà essa si trovasse, quando il matrimonio era sciolto dalla morte del marito o dal divorzio:[1] al padre per la dote profettizia, in caso di morte della moglie.

Una *condictio* competeva finalmente per la restituzione della dote alla donna, quando il matrimonio risultasse non valido,[2] o a terze persone che avessero costituito la dote riserbandosene la restituzione.[3]

Tutte queste azioni miravano alla restituzione della dote. Questa poteva avvenire sia in natura, sia nel valore di stima. In riguardo alla stima della dote però bisogna distinguere, se essa era stata stimata collo scopo che si dovesse considerare come dote la somma di denaro che ne risultava, ovvero unicamente onde la stima servisse di base alla futura restituzione. Nel primo caso i giureconsulti romani riconoscono quasi una vendita della dote e il marito non è debitore se non del prezzo: nel secondo esso deve in prima linea le cose stesse stimate.[4]

Nella restituzione della dote entravano le indennità per tutto ciò che fosse andato perduto o deteriorato per colpa del marito, e tutte le accessioni come p. e. i parti delle serve dotali,[5] Si deduce invece tutto ciò che egli avesse diritto di ritenere,[6] il valore delle spese necessarie,[7] le donazioni fatte alla moglie,[8] ciò che la moglie avesse sottratto nella casa maritale,[9] tutti i legati fatti alla moglie,[10] infine i mezzi necessari per vivere quando il marito fosse in miseria.[11]

---

[1] Vat.; fr. 269 cf. 102. Ulp. fr. VI. 6 fr. 22 § 1; fr. 3 D. 24, 3.
[2] Fr. 67 D. 23; 3.
[3] Fr. 43 § 1 Cod.
[4] Const. 5 C. 5, 12 " Quoties res æstimatæ in dotem dantur, maritus *dominium* consecutus *summæ* velut *pretii debitor* efficietur " Vat. fr. 111. Fr. 69 § 7 D. 23. 3. Cum res in dotem æstimatas soluto matrimonio reddi placuit, *summa declaratur*, non *venditio* contrahitur " Vat.; fr. 114.
[5] Fr. 69 § 9 D. 23, 3; fr. 10, § 2 cod.; fr. 7 § 12 D. 24, 3.
[6] Come le *retentiones propter liberos et propter mores*. V. più sopra pag. 108-109.
[7] *Retentiones propter impensas;* fr. 56 § 3 D. 23, 3; fr. 7 § 16 D. 24, 3.
[8] *R. propter res donatas*. Ulp. fr. 6, 9. Vedi il seguente § pag, 111-113.
[9] *R. propter res amotas*. Ulp. ib. vedi § 163, più sopra pag. 130.
[10] In questo caso si applicava l'editto del pretore detto *de alterutro*, la moglie aveva la scelta di muovere l'azione dotale o domandare il legato. Const. 1 § 3 C. 5, 13.
[11] *Condemnatio in quantum facere potest*; fr. 12, 13, 21 D. 24, 3; fr. 7 D. 49, 17 C. 8 Cod. 5, 18. C. 1 § 7 C. 5, 13. — Cod. civ. ital. art. 1409-1417.

Giustiniano recò molte modificazioni sostanziali sia riguardo alle cauzioni dotali, sia riguardo alle azioni. Egli non permise quanto alle prime altra garanzia che la ipotecaria [1] e dette anzi alla moglie un diritto legale di pegno sulle cose dotali. [2] Qualunque dote dovè secondo le sue disposizioni essere restituita alla moglie od al padre di lei, eccetto il caso che si trattasse di *dos recepticia.* [3] Quanto ai termini della restituzione essa doveva accadere immediatamente pei fondi, un anno appresso per le altre cose. [4] Giustiniano riunì finalmente le due azioni *ex stipulatu* e *de dote* in una sola, cui dette il nome di *ex stipulatu actio quæ de dotibus exigendis proponitur*, [5] e che conciliò tutti i maggiori vantaggi delle due antiche azioni. [6]

*Beni parafernali.* — Tutti i beni della moglie, che essa non si costituisce in dote, rimangono nel matrimonio libero a sua disposizione e diconsi secondo una parola greca (παραφερνα) beni parafernali. [7] La moglie poteva conservare la loro libera amministrazione, [8] o affidarne la custodia e l'amministrazione al marito, il che avveniva d'ordinario. In quest'ultimo caso solevasi compilare dalla moglie un inventario delle cose ch'essa destinava così all'uso comune, che doveva essere sottoscritto dal marito (*libellus, cautio depositionis.* [9] La moglie poteva poi ripetere i beni parafernali se non coll'*actio rei uxoriæ*, colle azioni di deposito, di mandato, colla reivindicazione e finalmente colla *condictio.* [10]

## § 165.

### Delle donazioni fra i coniugi avanti e durante il matrimonio.

Era antico costume che lo sposo donasse avanti le nozze alla futura moglie una somma di denaro destinata ad assicurare una conveniente esistenza, nel caso di sua morte, alla moglie ed ai

[1] Const. 1 Cod. 5, 20 C. 11, 21 C. 4, 29 C. 29 C. 5, 12 C. 19 C. 8.

[2] § 29 Inst. 4, 6; const. 1 § 15 C. 5, 13 C. 30 C. 5, 12 C. 12 § 1 C. 8, 18.

[3] Const. 1 §§ 6, 18 C. 5, 13.

[4] Const. 1 §§ 3, 5, 7 C. 5, 13; C, 11 § 2 C. 5, 17.

[5] § 29 Inst. 4, 6 Const. 1 pr. C. 5, 13.

[6] Const. 1 §§ 2, 9 C. 5, 13. = Il Cod. civ. ital. ammette anche una speciale azione per la separazione della dote, quando questa si trovi in pericolo (art. 1418-1424).

[7] I Romani non avevano una parola sola che vi corrispondesse (prova evidente di un'antica e generale consuetudine del sistema dotale): ma dicevano *res quas extra dotem mulier habet, extra dotem in domum illata* etc. — Arndts-Serafini, *Pandette*, § 412.

[8] Cf. Cicer. ad Div 14, 1 ad att. 2, 4, 11, 16 e Const. 8 C. 5, 14.

[9] Fr. 9 § 3 Dig. 23, 3

[10]. Fr. 9 § 3 Cod. — Cod. civ. ital 1425-1432 Confronta però l'art. 134.

figli.[1] Era questa donazione (*donatio ante nuptias*) come un corrispettivo della dote e dicevasi perciò anche contraddote (ἀντίφερνα) L'imperatore Giustino permise che si accrescesse anche pendente il matrimonio,[2] e Giustiniano dispose che potesse costituirsi anche dopo la celebrazione delle nozze,[3] e che anzi la donna potesse pretendere una donazione (*donatio propter nuptias*) eguale alla dote.[4]

Durante il matrimonio il capitale donato rimane presso il marito insieme coi frutti,[5] ed anche, quando il matrimonio fosse sciolto per morte della moglie o per sua colpa.[6] Morto il marito, la moglie non avea diritto alla *donatio propter nuptias*, senon quando avesse figli, o le competesse per una speciale convenzione.[7]

Oltre a questa speciale donazione del marito alla moglie, erano permesse fra i coniugi, durante il matrimonio, tutte quelle donazioni, il cui effetto non si verificava subito, ma dopo la risoluzione del matrimonio medesimo. Tali erano la *mortis causa donatio*, che ha effetto cioè soltanto dopo la morte del donante[8] e la *divortii causa donatio*, fatta cioè per il caso del divorzio.[9]

Tutte le donazioni invece fra marito e moglie (*donatio inter virum et uxorem*), che dovessero aver effetto durante il matrimonio, erano fino dai più antichi tempi colpite di nullità.[10] La ragione addotta dai romani giureconsulti si è, che la possibità di simili donazioni introdurrebbe la speculazione nei rapporti coniugali e distruggerebbe la concordia.[11] Quelle donazioni potevano esser dunque ripetute dalla parte donante, e soltanto sotto l'impero (per la così detta *Oratio Caracallæ* 206) si considerarono

---

[1] La stessa consuetudine avevano i popoli germanici ed anche i Galli; cf. CAES de bello gallico 6, 19. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 414.

[2] Const. 19 C. 5, 8.

[3] § 3 Inst. 2, 7 C. 20 pr. C. 5, 3.

[4] C. I Nov. XCVII.

[5] C. I Nov. LXI.

[6] Const. 8, § 4: c. 11, § 2, C. 5, 17.

[7] C. 32, Nov. XXII: c. 3, N. CXXVII.

[8] ULP. fr. 7, 1: fr. 9, § 2: fr. 10, D. 24, 1. Vedi Ceneri nell' Archivio Giuridico (IX, 3-9).

[9] ULP. ibid: fr. 11, §11: fr. 11: fr. 12, 60, § 1: fr. 61, 62, pr. D. 24, 1.

[10] Fr. 3, § 10, D. 24, 1.

[11] Fr. 1. D. 24, 1 " Ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate: " fr. 8 eod. " ne concordia pretio conciliare videretur neve melior in paupertatem incideret, deterior fieret. "

come convalidate dalla morte del donante, quando egli non le avesse prima ripetute.[1]

Alcune costituzioni imperiali recarono inoltre delle eccezioni al divieto delle donazioni fra i coniugi. Così erano permesse le donazioni per il restauro di un edifizio abbruciato,[2] quelle fatte ad un coniuge condannato alla deportazione,[3] quelle della moglie al marito per dar pubblici giuochi od ottenere una dignità (*d. honoris causa*),[4] quelle che avevano per scopo la manumissione di un servo (*d. servi manumittendi causa*)[5] ed infine per disposizione di Giustiniano le donazioni fra l'imperatore e l'augusta.[6]

## § 166.

### Scioglimento del matrimonio.

Il matrimonio è risoluto dalla morte di uno dei coniugi,[7] dalla massima diminuzione di capo, da un impedimento sopravvenuto e finalmente dal divorzio.

La massima diminuzione di capo avveniva nel caso in cui uno dei coniugi cadesse in servitù[8] o divenisse servo della pena[9] ed anche quando il marito cadesse nella prigionia del nemico. In quest'ultimo caso però era prescritto alle donne di non passare inconsideratamente a seconde nozze: e, quando esse lo facessero, si considerava come un divorzio, per il quale incorrevano in svantaggi pecuniari, se non avessero atteso per un certo tempo le notizie dei mariti prigionieri.[10] La *capitis diminutio media*

---

[1] Fr. 32, § 2, 24, D. 1 " Ait Oratio fas esse eum quidem qui donavit pœnitere, heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donavit, durum et avarum esse. " Vatic. fr. 276, 294. — Il Cod. Civ. ital. proibisce ogni donazione fra coniugi durante il matrimonio (art. 1054).

[2] Fr. 14, D. 24, 1.

[3] Fr. 13: § 1, fr. 43, D. 24, 1.

[4] Ulp. fr. 7, 1; fr. 40, 42, D. 24, 1.

[5] Paull. r. s. 2, 23, 2; fr. 109 pr. D. 30, 1: fr. 7, § 8; fr. 8, 9, D. 24, 1. Const. 22, Cod. 5, 16.

[6] Const. 26, C. 5, 16.

[7] Gai. 2, 143. 3, 13; fr. 1, 2, D. 24, 2.

[8] Fr. 32, § 6, D. 24, 1.

[9] Const. 24, C. 5, 16.

[10] Fr. 1, D. 24, 2; fr. 12, § 4, D. 49, 15. Il termine, durante il quale la donna doveva attendere la sorte del marito, era prima un quinquennio; Costantino lo ridusse a 4 anni;

non scioglieva di per se il matrimonio, ma autorizzava il coniuge al divorzio.[1]

Per impedimento sopravveniente si scioglieva il matrimonio, quando il suocero adottava il genero e questi diveniva così fratello di sua moglie (*incestus superveniens*),[2] e quando il marito di una libertina era elevato alla dignità senatoriale.[3]

Finalmente si scioglieva il matrimonio volontariamente per mezzo del divorzio (*divortium*, *repudium*, *discidium*).[4]

Il Diritto Romano ha ammesso in tutti i periodi del suo svolgimento il divorzio come corrispondente al concetto del matrimonio che non può più sussistere quando manchi la *maritalis affectio*.[5] È naturale che nei più antichi tempi il diritto del divorzio fosse considerato come un privilegio del *pater familias*; però anch'esso non poteva farne uso se non in casi determinati e per gravi mancanze.[6] Che però divorzî esistessero fino dai primi tempi della repubblica, lo prova il fatto che la legislazione decemvirale vi aveva provveduto con particolari disposizioni.[7] Quando adunque gli storici Romani parlano del divorzio di *Sp. Carvilius* soprannominato *Ruga* come del primo divorzio verificatosi in Roma,[8] ciò deve intendersi nel senso che egli per il primo riportò a pretesto del divorzio un motivo non contemplato dalle leggi e dalle consuetudini anteriori, vale a dire la sterilità della moglie. Dipoi, e precisamente dopo la seconda guerra punica, la crescente corruzione dei costumi accrebbe in modo spa-

---

Giustiniano ritornò ai 5 anni, finchè poi prescrisse che la prigionia dovesse trattarsi come ogni altra assenza e fosse necessaria la prova della morte (Const. 7, C. 5, 17; c. 7, Nov. 22; c. 11, Nov. 117).

[1] Const. 1, C. 5, 17; c. 24, C. 4, 16; fr. 56, D. 24, 3; fr. 13, § 1, D. 24, 1.

[2] Fr. 67, § 3, D. 23, 2.

[3] Abolito da Giustiniano (Const. 28, C. 5, 4).

[4] Fr. 161, D. 50, 16 "Divortium ex eo dictum est quod in diversas partes eunt qui discedunt;" fr. 101, eod. Ibid. 9, 8. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 416.

[5] Fr. 134 pr. D. 45, 1 " *Inhonestum visum est vinculo pœnæ matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta* " Const. 2, C. 8. 39 " *Libera matrimonia esse antiquitus placuit, ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus pœnæ irrogentur ei qui quæve divortium fecissent, ratam non haberi constat.* "

[6] Plut. Rom. 22.

[7] Cicer. Phil. 2, 28 " illam suam suas res sibi habere iussit, ex XII tabulis causam addidit, claves ademit, foras exegit. — Un divorzio dell'a. 307 av. C. è attestato da Val. Max. 2, 9, 2.

[8] Nell'a. 234 o 231 av. C. — V. Gell. 4, 3; Dion. 17, 21; Val. Max. 2, 1, 4.

ventevole i divorzî arbitrarî e capricciosi, nei quali le donne gareggiavano in leggerezza ed impudenza cogli uomini. [1]

Quanto alle formalità del divorzio in questo periodo sembra che avanti Augusto non ve ne fosse alcuna ben determinata. La formula più comune, e già contenuta nelle XII tavole, era questo discorso rivolto alla moglie: *tuas res tipi habeto.* [2] Ma essa non era indispensabile e bastava anche un avviso a voce per mezzo di un messo (*nuntium remittere*, *renuntiare*). [3] Soltanto Augusto prescrisse nelle sue leggi *Julia* e *Papia Poppæa* e *Julia de adulterio*, che il divorzio fosse partecipato alla moglie per mezzo di un liberto in presenza di sette cittadini, sotto pena di nullità. [4] In seguito la partecipazione solevasi fare in scritto (*libellus divortii*, *repudii*). [5]

La religione cristiana non poteva essere favorevole al divorzio, e perciò vediamo gli imperatori cristiani da Costantino a Giustiniano restringerne sempre più la libertà. Costantino non ammise il divorzio se non quando il marito fosse omicida, avvelenatore o violatore di sepolcri, e la donna adultera o avvelenatrice; altrimenti la donna perdeva la dote e soffriva la deportazione, e il marito era costretto alla restituzione della dote e non poteva rimaritarsi. [6] Onorio, Teodosio e Costanzo distinsero i motivi gravi (*graves causæ*, *crimina*) dai più leggieri (*mediocres culpæ*, *morum vitia*): quando i primi avevano cagionato il divorzio, il marito guadagnava la dote e poteva passare a seconde nozze, e la moglie riaveva la dote e poteva rimaritarsi dopo cinque anni: quando invece trattavasi di colpe leggiere, l'uomo perdeva la dote e poteva riprender moglie fra due anni e la donna perdeva egualmente la dote e non poteva rimaritarsi. [7] Teodosio II e Valentiniano estesero queste disposizioni, ammettendo il divorzio in caso

---

[1] Val. Max. 6, 3, 10-12; Plut. Cic.; Plut. Sull. 35, 37; Svet. Cæs. 1; Plut. Cæs. 5; Mart. epigr. 6, 7, 10, 41; Sen. de ben. 3, 16. " Nunquid iam ulla repudio erubescit? — non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimonii causa, nubunt repudii. "

[2] Cic. Phil. 2, 28, f.; Plaut. Amph. 3, 2, 47; Trin. 2, 1, 31 segg.; fr. 2, § 1, D. 24, 2. " In repudiis autem i. e. renuntiatione comprobata sunt haec verba: tuas res habeto; item hæc: tuas res tibi agito. "

[3] Cic. de Orat. 1, 40, 56, Top. 4. Terent. Phorm. 4, 3, 72; Plaut. Aul. 4, 10, 53, 59.

[4] Fr. 9, D. 24, 2; fr. 1, § D, 38. 11; fr. 35, D. 24, 1.

[5] Fr. 7, D. 24, 2, v. 6, Cod. 5, 17.

[6] Const. 7, Cod. 5, 17.

[7] Const. 2, Cod. Theod. 3, 16.

di gravi reati, e permettendo al marito di ritener la dote e riammogliarsi subito, alla moglie di riprender la dote e rimaritarsi dopo un anno. [1] Giustiniano finalmente aggiunse anche più rigorose disposizioni e abolì affatto il divorzio fatto di comune consenso, che tutti gli altri imperatori avevano rispettato. [2]

## § 167.

### Delle seconde nozze.

Il secondo matrimonio non era dal diritto vietato alle donne rimaste vedove o divorziate. Soltanto l' opinione pubblica vi scorgeva nei tempi di più rigidi costumi qualche cosa di sconveniente e di contrario al concetto romano del matrimonio. [3] Ad ogni modo la donna doveva osservare prima di passare a seconde nozze l'anno del lutto prescritto già nell' epoca regia dalle più antiche consuetudini religiose. [4] La donna, che non rispettasse quel divieto, incorreva nell' infamia [5] e dopo Teodosio in molti svantaggi per le successioni ereditarie. [6]

La legge *Julia et P. P.* dovette per il suo stesso spirito favorire le seconde nozze, ed infatti minacciò gli inconvenienti del celibato a quelle vedove che non passassero dopo un biennio a seconde nozze, o alle divorziate che non lo facessero dopo un anno e mezzo. [7]

Dopo Costantino però le costituzioni di diversi imperatori cercarono di tutelare gli interessi dei figli di primo letto, attri-

---

[1] Const. 8, C. 5, 17.

[2] Const. 10. 11, 12, C. 5, 17, Nov. XXII, CXVII, CXXXIV, CXL. — Il Cod. Civile ital. non ammise il divorzio — Vedi in argomento la Scandiani nell' *Archivio giuridico* (VI. 406-412).

[3] Il titolo di *univira* comparisce come titolo d'onore nelle iscrizioni funerarie (p. e. Orell. 2742, 4530), mentre una donna *nullarum nuptiarum* fu poco stimata (Cic. ad. Attic. 13, 29; Plut. 9, N. 102; Tertull. de exhort, cast. 13). Cf. Liv. 10, 23; Fest. s. v. *pudicitiæ*; Serv. ad Virg. Æn. 4, 19. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 416,

[4] Plut. Num. 12; Vat. fragm. 321; Paull. r. s. 1, 21, 13, 14. — L'anno prescritto dalle antiche consuetudini era di dieci mesi (Macrob. Sat. 1, 12); Teodosio lo cangiò in un anno di 12 mesi (Const. 2, C. 5, 9, c. 22, Nov. 22). — Il timore dell' incertezza della prole (*turbatio sanguinis*) divenne, caduti i riguardi religiosi, l'unico motivo di questo divieto (cf. fr. 11, § 3. D, 3, 2; fr. 11, § 2 cod. e Cicer. p. Cluent.).

[5] Vat. fr. 320.

[6] Const. 1, C. 5, 9, c. 22, Nov. 22.

[7] Ulp. fr. 14, 1.

buendo loro specialmente i lucri nuziali o i beni pervenuti al padre o alla madre dall'altro coniuge.[1]

## § 168.

### Del celibato.

Il celibato non fu veduto mai di buon occhio in Roma, fu gravato anzi di un'imposta, e i cittadini maritati ebbero anche sotto il governo consolare speciali distinzioni e favori.[2] Alla fine della repubblica però si fece sentire inesorabilmente il bisogno di rialzare la famiglia e questa opera fu assunta da Augusto, che cercò richiamare i Romani all'antico costume con un sistema di pene, di svantaggi pecuniari d'ogni specie e di favori.

Questo sistema era compreso nelle due leggi, proposte l'una dallo stesso Augusto l'a. 732 d. R. (*lex Julia de maritandis ordinibus*) e l'altra l'anno 762 d. R. dai consoli M. Papius Mutilus e Q. Poppæus Secundus (*lex Papia Poppæa*), che furono poi dalla posteriore giurisprudenza considerate come un sol tutto e conosciute sotto il nome di *lex Julia et P. Poppæa.*[3] Le principali disposizioni di questa celebre legislazione erano le seguenti:

1° Erano colpiti di pene rilevanti gli uomini dai 20 ai 60 anni e le donne dai 20 ai 50 che vivessero in celibato,[4] e gli uomini ammogliati sopra 25 anni e le donne maritate sopra i venti che non avessero figli[5] (*orbitas*). Le pene erano più gravi per il *coelibs* che per l'*orbus* e consistevano, oltre ad una minore considerazione nel diritto pubblico, in svantaggi pecuniarî. Così un celibe non poteva acquistare alcuna eredità o legato per testamento di chi non fosse suo stretto parente, e il maritato senza figli non poteva ritenere se non la metà di ciò che fosse stato disposto in suo favore;[6] e se nessun altro era loro sostituito nel tetamento, l'eredità ed i legati ricadevano al pubblico erario. Contro queste pene garantivano già gli sponsali che fossero se-

---

[1] V. const. 4, C. 6, 60; c. 13, C. 6, 58; c, 34, Nov. 22; c. 7, C. 8, 56; c. 35, Nov. 22; c. 3, 5, 6, 8, 9, C. 5, 9; c. 1, Nov. 2; c. 22, Nov. 22, Nov. 68, 98, 127; c. 8.

[2] Gell. V. 19; Liv. XLV. 15; Dio Cass. XLIII. 25.

[3] Gai. 1, 145; Ulp. XVI, 2.

[4] Ulp. XVI, 1, 2; Gai. II, 111. 286.

[5] Ulp. XVI, 1, 2, Gai. 1. c.

[6] Vedi più sotto libro X.

guiti dopo due anni dal matrimonio, ed il celibe aveva cento giorni di tempo per contrar matrimonio e sfuggire a quegli svantaggi. [1]

Alcuni Senatusconsulti interpretarono ed estesero queste disposizioni, [2] finchè Costantino abolì le pene del celibàto e dell'orbità. [3]

2.° Le persone maritate avevano diritto ai migliori posti in teatro. [4]

## CAPO II.

### DEI RAPPORTI FRA GENITORI E FIGLI.

### § 169.

#### Della patria potestà. Sue nozioni e suoi effetti. [5]

Anche nella essenza e nel concetto della patria podestà presso i Romani e presso i popoli moderni devesi sopra tutto por mente, come nei rapporti familiari in genere, allo svolgimento storico, per il quale essa è passata.

Il potere, che i più antichi Romani riconoscevano nel capo della famiglie, era giuridicamente parlando il più rigoroso e severo, che la storia ci abbia tramandato. Mentre nella civiltà ellenica vediamo il vincolo di famiglia ed i rapporti dei genitori coi figli tanto sciolti e ispirati dal principio della uguaglianza quanto nella moderna civiltà, in Roma al contrario il principio monarchico ha regnato nelle relazioni familiari anche durante tutto il periodo consolare. [6] Nell'apprezzare però la rigorosa patria potestà romana bisogna guardarsi da certe esagerazioni. Non bisogna soprattutto giudicarla dal suo lato esclusivamente giuridico e credere con questo alla mancanza di affetto e di ogni sentimento morale nei rapporti del padre coi figli. Come moralmente elevato era il concetto del matrimonio fino dai più remoti tempi

---

[1] Ulp. XVII, I. XXII, 3.
[2] Ulp. XVI, 3.
[3] Cod. Theod. VIII, 58. 1.
[4] Svet. Oct LIII, 13; Plin. Pan. 26.
[5] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 420 e seg. e nell'*Archivio Giuridico* la memoria di Pizzamiglio *Sui poteri e sui diritti di famiglia* (VIII, 331-330).
[6] Gai. I, 185. " Quod ius proprium civium Romanorum est, fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habeant potestatem, qualem nos habemus. "

nonostante la *manus*, la medesima elevatezza morale regolò la condotta dei padri verso la prole nonostante il potere assoluto, che il diritto accordava loro. [1]

La essenza di questo potere si manifesta tanto nei rapporti personali quanto nei rapporti patrimoniali.

*Rapporti personali.* — Bisogna prima di tutto abbandonare l'idea di una specie di proprietà (*dominium*) che il padre avesse nei tempi più antichi sui figli. Sebbene i diversi elementi della famiglia fossero coordinati e quasi agguagliati sotto il giogo del potere paterno, pure il potere dei figli non è mai designato colla parola di *dominio*, che è invece adoprata per i servi. Basterà il rammentare che nella più antica lingua latina i figli ci compariscono col nome di *liberi*. [2]

I diritti del padre nei rapporti personali sono principalmente un illimitato diritto di correggere e punire i figli (*ius vitæ et necis*) e quello di disporne in ogni modo anche per via di alienazione (*ius vendendi*, *noxæ datio*).

Il diritto di vita e di morte, che costituiva il padre giudice o magistrato domestico è antico quanto la costituzione romulea [3] e si trova ripetuto anche nella legislazione Xvirale. [4] Anche la formula consueta della arrogazione (vedi più sotto) conteneva la *vitæ necisque potestas*. La sola limitazione nei tempi più antichi accordata dal costume al giudizio domestico era l'obbligo nel padre di convocare nei gravi casi un consiglio dei più prossimi parenti, il quale però non aveva alcuna voce deliberativa. [5] Il potere assoluto del padre in questo rapporto non fu limitato dai poteri pubblici se non sullo scorcio del governo consolare e sotto gli imperatori, specialmente cristiani. [6]

---

[1] Vedi su questo punto il bel capitolo di IHERING. *Geis. d. r. R.* 2.ª ediz. II, 1, 183 e seguenti.

[2] Fr. 215 Dig. 50, 16. " Potestatis verbo plura significantur, in persona magistratuum imperium, *in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium.* " TERTULL. Apolog. 33. " Familiæ magis *patres* quam *domini* vocantur. "

[3] DION. 2, 26.

[4] DION. 2, 27.

[5] VAL MAXIM. 5, 8, n. 2, 3 e altrove. S'intende che il padre non era legato a quella consuetudine quando la reità del figlio era evidente sia perchè fosse colto sul fatto (*manifestus*) sia perchè confesso, secondo i generali principî del diritto criminale dei Romani. Cf. ZUMPT, *Criminalrecht der röm Rep.* I, 1.

[6] Fr. ȝ. Dig. 48, 8: fr. 5. D. 37, 12: fr. 5. D. 48, 9: const. 3 Cod. 8, 47: c. 1. C. 9, 17: c. 1. C. 9, 15: const. 1. Cod. Theod. 9, 15. — Anche i censori della repubblica puniscono talvolta l'abuso della patria potestà: DION. 20, 3.

Il padre poteva inoltre disporre come meglio credesse della persona del figlio. Così si narra che nei tempi preistorici fosse illimitatamente permesso di uccidere od esporre i neonati, e che quell'abuso fosse limitato, non però affatto abolito da Romolo. [1] L'esposizione degli infanti durò ciononostante anche sotto il governo consolare, sebbene si considerasse come cosa immorale; e solo sotto gli imperatori venne proibita. [2] Costantino poi dichiarò l'uccisione dei figli un parricidio ed altri imperatori cristiani seguirono le sue disposizioni. [3]

Anche il diritto di vendere i figli viene considerato dagli storici come antichissimo; giacchè narrano che Numa lo limitasse nel senso che il padre non potesse più vendere il figlio quando gli avesse dato il permesso di ammogliarsi. [4] Sembra però che questo diritto fosse raramente usato in seguito, e la mancipazione, che serviva a liberare il figlio dalla patria potestà, fosse divenuta quindi da reale simbolica. [5] Pure Diocleziano si trovò costretto a proibire quelle vendite, che nelle più basse classi della società avevano luogo in caso di estrema miseria. [6] Costantino però le permise di nuovo per i fanciulli neonati: in quest'ultimo caso Giustiniano accolse le sue disposizioni. [7]

Finalmente il padre aveva il diritto, quando il figlio avesse commesso un delitto (nel senso romano della parola), ed egli non preferisse rifare il danno arrecato, di consegnarlo mediante mancipazione al leso (*noxæ dare*). [8] Questo diritto non fu legalmente abolito se non da Giustiniano. [9]

*Rapporti patrimoniali.* — Come il padre era l'assoluto signore nella famiglia, così egli era l'unico ed assoluto padrone del patrimonio familiare. Tutto quello che il figlio posto sotto la patria

---

[1] Dion. 2, 15. Una prima legge imponeva di allevare tutti i figli e le figlie primogenite: una seconda proibiva l'uccisione di figli sotto i tre anni fuorchè nel caso, attestato da cinque vicini, di un parto inutile o mostruoso. Cf. per le XII tavole Cic. de leg. 3, 8. " *tamquam ex XII tab. insignis ad deformitatem puer.* "

[2] Fr. 4. Dig. 25, 3.

[3] Const. 1 Cod. 9, 17. c. 1. C. 9, 15, c. 1. Cod. Theod. 9, 14, c. 2. Cod. 8, 52. Nov. CLIII.

[4] Dion. 2; 27. Plut. n. 17.

[5] Così sembrano doversi interpretare le parole delle XII Tavole. " *Si pater filium ter venum dabit, filius a pater liber esto.* "

[6] Const. 1. Cod. 4, 43. cf. c. 1. C. 7, 16.

[7] C. 1. Cod. Th. 5, 8. Vat. fr. 34. Const. 2. Cod. 4, 43.

[8] Gai. 4, 75.

[9] Inst. 4, 8, 7.

potestà acquista, sia per incarico del padre, sia senza sua saputa, appartiene al capo della famiglia.[1] Egli giuridicamente non possiede nulla di suo, finchè viva il padre o finchè questi non lo emancipi.

Fino dai primi tempi di Roma però si era introdotto nella pratica un istituto, che portava una speciale limitazione a questa giuridica unità e indivisibilità del patrimonio familiare: l'istituto del *peculium*.[2] Il peculio consisteva in quel patrimonio o in quegli oggetti ad un patrimonio appartenenti, dei quali il capo di famiglia concedeva al figlio (ed anche al servo) una amministrazione separata. Il figlio aveva delle cose peculiari la libera amministrazione, il che acquistava importanza specialmente nei rapporti commerciali: poteva quindi obbligarsi passivamente sul peculio, fino alla concorrenza del quale il padre rimaneva obbligato (v. più sotto). Però essendo lo scopo di quell'istituto l'educazione dei figli di famiglia alla pratica degli affari,[3] il figlio non poteva disporre del peculio nè per donazione fra i vivi nè per atto di ultima volontà.[4] Il padre poteva poi ritirare ad ogni momento al figlio l'amministrazione peculiare, ed il peculio gli ricadeva nel caso di morte del figlio.

Il peculio costituito dal padre dicevasi *p. profectitium*. — Ad esso fu equiparato il *p. castrense*, vale a dire tutto ciò che il figlio acquistasse nell'esercizio della milizia, sia come soldo o bottino, sia come legato di commilitoni, sia come donazione dei genitori e parenti per lo scopo del servizio militare.[5] Augusto per il primo concesse al figlio di famiglia il diritto di disporre per testamento del peculio castrense e i successivi imperatori ripeterono ed estesero anche ai congedati ed ai veterani questo privilegio:[6] tanto chè il figlio di famiglia fu considerato come proprietario di questo peculio.[7] Il padre infine non poteva vantarvi

[1] Gai. II, 87 " Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulantur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui potestate nostra est, nihil suum habere potest. "

[2] Diminutivo di *pecus*. Varro r. r. 1, 2, 1. c. 5, 95. Altra etimologia in fr. 5. § 3. Dig. 15, 1. " *quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.* " — Arndts-Serafini, *Pandette* § 429 e seg.

[3] Fr. 7 pr. Dig. 39. 5 " Non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio ut perdat. "

[4] Fr. 28. § 2. Dig. 2, 14, fr. 13. Dig. 37, 14.

[5] Fr. 11, 5. Dig. 49, 17.

[6] Ulp. fr. 20, 10. Gai. 2,106. Inst. 2, 12 pr.

[7] Fr. 2. Dig. 14, 6. " *Quum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur.*: fr. 15. § 3. Dig. 49, 17: fr. 19, § 3 eod.

alcuna pretesa se non quando il figlio mancasse intestato.[1] — Per analogia al peculio castrense fu riconosciuto anche sotto l'impero un *peculium quasi castrense*, che comprendeva tutto ciò che il figlio acquistava nell'amministrazione di pubblici uffici, ed anche le entrate degli ecclesiastici e i doni del principe.[2] Anche questo peculio era acquistato dal padre quando il figlio gli premorisse senza testamento, ma Giustiniano dispose che anche in questo caso si facesse luogo alla successione ordinaria *ab intestato*.[3] — Sotto il nome di *peculium adventicium* finalmente si designò fino dal medio evo tutto ciò che il figlio acquistasse per donazione od eredità dalla madre o dagli avi materni o in genere, secondo le disposizioni di Giustiniano, da qualunque persona diversa dal padre *(bona adventicia)*. Di questi beni la proprietà apparteneva al figlio, l'usufrutto, in regola generale, al padre.[4]

Dicemmo più sopra che al capo della famiglia appartiene tutto ciò che il figlio acquista. Così appartengono ad esso tutti i crediti ed i diritti dal figlio acquistati: ma questi non può d'altro lato diminuire il patrimonio familiare con donazioni e disposizioni *mortis caussa*, non può, meno casi eccezionali, agire in giudizio in proprio nome,[5] non può infine obbligare passivamente il padre.[6] Una eccezione a questa regola generale si aveva nei seguenti casi:

1° Nel caso di un delitto commesso dal figlio (come dal servo) il padre era costretto o a indennizzare la persona lesa ovvero a consegnargli in mancipio il figlio (od il servo) (*noxales actiones — noxæ dare*).[7]

---

[1] Fr. 2, 17. Dig. 49, 17.

[2] Const. 3, 15. Cod. Theod. 6, 35. fr. 2 ibid. 2, 10. Nov. 123, 19. Const. 7. Cod. 6, 61. Const. 34. C. I, 3. — Cod. civ. ital. art. 229.

[3] Inst. 2, 12 pr.

[4] Const. 112. Cod. 6, 60: c. 1-6. Cod. 6, 61: c. 1, 2, 6, 7. Cod. Th. 8, 18: c. 1. c. t. 8, 19.

[5] Fr. 9, Dig. 44. 7. " *Filius familias suo nomine nullam actionem habet nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati ut Julianus putat.* „ Erano dunque eccettuate quelle azioni che miravano ad una punizione del convenuto.

[6] Sulla proibizione dei debiti dei figli di famiglia contratti *in mortem parentum*. v. più sotto, lib. V.

[7] Gai. I, 140. 4. 75 seg. " Ex maleficiis filiorum familias servorumve, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, uti liceret patri dominove aut litis æstimationem sufferre aut noxae dedere: erat enim iniquum nequitiam noxam ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse. „ cf. Dig. 9, 4. Cod. 3, 41. Inst. 4, 8.

2° Per le obbligazioni nascenti da contratto il padre rimaneva obbligato, in primo luogo, quando il figlio (é così pure il servo) aveva contrattato dietro l'ordine espresso di lui (*actio quod iussu*): [1] in secondo luogo anche quando il figlio (od il servo) si era obbligato all'insaputa del padre, ma questi gli aveva concesso un peculio, ovvero veniva a risentire un vantaggio dalla contratta obbligazione.

Nel primo caso il creditore del figlio poteva rivolgersi coll'*actio de peculio* contro il padre, che rispondeva fino a concorrenza del peculio colla facoltà di poter far valere e detrarre i suoi crediti verso l'amministrazione peculiare. [2] Se però il figlio (od il servo) aveva col peculio intraprese a scienza del padre operazioni commerciali perdeva quel diritto, e la *merx peculiaris* veniva divisa *pro rata portione* fra i creditori, ai quali era concessa un'*actio tributoria*, quando si credessero pregiudicati dalla divisione fatta dal padre.[3] Nel secondo caso il creditore del figlio poteva intentare un'*actio de in rem verso* contro il padre, che era tenuto a rispondere fino al punto, in cui la contratta obbligazione gli era riuscita avvantaggiosa. [4]

## § 170.

### Dei modi coi quali si acquista la patria potestà.

La patria potestà si acquista in tre modi, cioè per la procreazione di figli in un legittimo matrimonio, per la legittimazione di un figlio nato fuori di matrimonio, e finalmente per l'adozione.

*Acquisto della patria potestà per procreazione.* — Ogni figlio legittimo cade sotto la patria potestà del padre suo al momento della nascita. [5] Dicesi legittimo il figlio che è procreato da genitori uniti in legittimo matrimonio. La legittimità del figlio è presunta s'egli è nato dopo 181 giorni dalla conclusione del ma-

---

[1] Gai. 4, 70. " In primis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum prætor actionem in patrem dominumve comparavit: et recte quia qui id negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. "

[2] Fr. 9 § 2 segg. Dig. 15, 1; fr. 11, § 2 eod.

[3] § 3 Inst. 4, 7. Dig. 14, 4.

[4] Fr. 1 pr. Dig. 15, 3.

[5] Se però il padre fosse egli stesso soggetto alla patria potestà, i suoi figli cadrebbero sotto la potestà dell'avo paterno (§ 3 Inst. I, 9; Gai. I, 56, 57, 76); ma se per morte di quest'ultimo il padre diventa *sui iuris*, egli acquista di pien diritto la patria potestà sui propri figli.

trimonio e prima di dieci mesi dallo scioglimento dello stesso.[1] In ogni altro caso la madre deve provare la paternità, se il marito disconosce la prole.[2]

*Acquisto della patria potestà per legittimazione.* — La legittimazione è un atto civile mediante il quale i figli naturali[3] si fingono nati da legittimo matrimonio, e, riducendoli nella potestà del padre loro naturale, si fa acquistare ad essi il titolo e la condizione giuridica di figli legittimi. Le maniere di legittimazione sono tre, cioè per *subsequens matrimonium*, per *oblationem curiæ* e per *rescriptum principis*, ciascuna delle quali alcuni requisiti speciali.

*Per subsequens matrimonium.* — Questa legittimazione ha luogo allorchè taluno, avendo figli da una concubina, la sposa, e trasforma così il concubinato in giuste nozze. Fu Costantino che introdusse pel primo questa specie di legittimazione soltanto pei figli già procreati anteriormente alla legge;[4] Zenone ed altri imperatori successivi rinnovarono questa misura transitoria pei figli naturali già nati;[5] Giustiniano poi eresse la legittimazione per susseguente matrimonio ad istituzione permanente,[6] stabilendo

---

[1] Fr. 12, de statu hom. 1, 5; fr. 3 § 11, 12 de suis 38, 16. Consulta Arndts-Serafini, *Pandette* § 39. — La detta presunzione non esclude la prova del contrario (fr. 6 de his qui sua vel al. 1, 6; Pacifici-Mazzoni, Istit. II, n. 26, seg.).

[2] C. 11 Cod. 5, 27: Nov. 89, c. 8 § 1. — L'azione di riconoscimento del figlio si chiama *actio de partu agnoscendo*. Onde prevenire la supposizione e la sostituzione di parto, la donna che, dopo fatto il divorzio, si sente incinta, deve, in virtù del senatusconsulto Planciano, notificare al marito il suo stato di gravidanza entro trenta giorni (fr. 3 de agn. lib. xxv, 3). Questa disposizione venne in seguito estesa anche al caso in cui il matrimonio venisse sciolto per morte del marito. In questo caso la notifica deve farsi ai prossimi parenti. Se la madre tralascia di fare la prescritta denunzia, essa perde il diritto di intentare l'*actio de partu agnoscendo*: ma il figlio può in ogni tempo far valere i suoi diritti, soltanto non può domandare gli alimenti dal padre se non provi di essere suo figlio (fr. 1 § 8, 13, 15 *h. t.* xxv, 3). — Sull'azione di disconoscimento della paternità secondo il Cod. civ. ital. puoi consultare la memoria di Pierantoni nell'*Archivio Giuridico* (vii, 241-262; 358-368; viii. 46-63; 231-241).

[3] Per diritto Romano, i soli figli naturali, cioè nati da concubinato, possono venire legittimati, e non lo possono per regola gli altri figli illegittimi (spurî, adulterini, incestuosi). I figli nati da concubinato hanno un padre conosciuto, essendo il concubinato una unione sessuale stabile e riconosciuta dalla legge, e quindi è possibile per essi la finzione giuridica sulla quale si fonda la legittimazione. Vedi più sopra § 160 p, 121, nota 4 Doveri Ist. I, § 12, Arndts-Serafini, *Pandette* § 424). Il Cod. civ. it. vieta di legittimare i figli che non possono essere legalmente riconosciuti (*art.* 195), vale a dire gli adulterini e quelli i cui genitori non avrebbero potuto unirsi in matrimonio per vincolo di parentela (*art.* 180).

[4] C. 5. Cod. de nat. lib. 5, 27.

[5] C. 5, 6, 7, *h. t.*

[6] C. 10, 11, *h. t.*

però la redazione di un istrumento dotale o di un altro atto equivalente diretto a constatare l'epoca della trasformazione del concubinato in matrimonio. [1]

*Per oblationem curiæ.* — Per eccitare i cittadini romani a cuoprire la carica di decurione, generalmente sfuggita pei gravissimi oneri che imponeva, Teodosio II e Valentiniano III, abrogando le leggi che limitavano la capacità dei figli naturali di ricevere liberalità dal loro padre, stabilirono che chi non avesse che figli naturali potesse lasciare ai medesimi per testamento o donare loro con atto tra vivi anche tutti i suoi beni, purchè li iscrivesse fra i decurioni, e, trattandosi di figlie, le maritasse ad un decurione. Col tempo si stabilì il principio che il figlio naturale offerto alla curia conseguisse i diritti di figlio legittimo, e in tal modo la *oblatio curiæ* divenne una vera legittimazione di figli naturali, che Giustiniano confermò, permettendola inoltre anche a chi avesse figli legittimi. [2]

*Per rescriptum principis.* — La legittimazione per rescritto del principe fu introdotta da Giustiniano pel caso che il matrimonio colla concubina fosse impossibile e non esistessero figli legittimi. [3]

*Acquisto della patria potestà per adozione.* — L'adozione è un atto solenne pel quale taluno, con l'intervento della pubblica autorità, riceve in luogo di figlio o di nipote chi non era sottoposto alla sua potestà. L'uso delle adozioni era assai frequente presso i Romani, sia perchè in esse si avea un mezzo di far entrare nella famiglia agnatizia i cognati che il diritto civile non teneva in alcuna considerazione, sia perchè, mancando dapprima l'istituto della legittimazione trovato solo ai tempi del basso impero, l'adozione ne faceva le veci, od in altri termini, perchè s'adottavano i figli naturali in cambio di legittimarli.

I requisiti dell'adozione scendono tutti dal doppio principio per cui fu introdotta; imperocchè essa è destinata a supplire il difetto della natura ma ad imitazione di essa:

1° L'adottante deve essere *sui juris*, diversamente ei non potrebbe acquistare la patria potestà sull'adottato;

2° Per egual ragione deve essere maschio; cionondimeno ai tempi di Diocleziano fu concesso anche alla donna di adottare, in

---

[1] C. 10, 11, *h. t.*; Nov. 89, c. 8.

[2] C. 3, 9 § 3 *h. t.*; Nov. 89, c. 2 seg.

[3] Nov. 74 c 2; Nov. 89, c. 9, 10. — Così anche il Cod. civ. ital. (art. 198).

conforto dei figli perduti; ma essa non acquistava la patria potestà sul figlio adottivo, nè questi diveniva suo agnato e solo acquistava il diritto di ottenere da lei gli alimenti e di succederle *ab intestato*. [1]

3° L'adottante deve essere capace in genere di procreare, epperò non hanno facoltà di adottare gli evirati.

4° L'adottante deve avere almeno diciotto anni più dell'adottato se l'adotta come figlio, e trentasei anni più se come nipote. [2]

5° Non si possono adottare i propri figli illegittimi che possono venire legittimati. [3]

6° Non si può adottare sotto condizione od a termine. [4]

7° Chi dopo avere adottato una persona, la emancipa non può più adottarla.

L'adozione è di due specie, cioè arrogazione (*arrogatio*) ed adozione propriamente detta *(datio in adoptionem)*; la prima è l'adozione di una persona *sui iuris*, la seconda è l'adozione di un figlio di famiglia; colla prima si distrugge l'indipendenza giuridica dell'arrogato, colla seconda non si fa che cangiare il subbietto della patria potestà.

*Dell'arrogazione.* — Nei primi tempi di Roma l'arrogazione si faceva mediante una legge del popolo radunato nei comizi curiati, sotto la presidenza del pontifex maximus, il quale, presa cognizione dell'affare, interrogava l'adottante se voleva adottare, l'adottato se consentiva, e il popolo se approvava, donde il nome di *arrogatio*. [6] Si richiedeva naturalmente che l'arrogando potesse accedere ai comizi curiati; e di qui la proibizione di arrogare le donne e gli impuberi. [7] Scaduta l'importanza dei comizi, la *rogatio populi*, prima necessaria all'arrogazione, divenne una formalità, e si ammise che potessero venire arrogate anche le donne, e, sotto certe condizioni, anche gli impuberi. [8] Finalmente venne

---

[1] C. 5 Cod. de adpot. 8, 48. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 422 e segg.

[2] § 4 Inst. de adopt. I, 11. — Per adottare taluno come nipote richiedesi il permesso del figlio (6, 7 i. c.; fr. 6, 10, 11, de adopt. I, 7).

[3] C. 7, Cod. de nat. lib. 5, 27; Nov. 74, c. 3; Nov. 79, c. 7.

[4] Fr. 24, 25, 34 de adopt. 1, 7.

[5] Fr. 37, § 1 de adopt. I. 7.

[6] " Populus *rogatur*, an id fieri iubeat (GAI. I, 99). Is qui adoptat *rogatur* i. c. *interrogatur* an velit eum quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse, et is qui adoptatur, *rogatur*, an id fieri patiatur. " Cf. GELL. V, 19.

[7] GAI. I, 101, 102.

[8] L'arrogazione degli impuberi venne introdotta da Antonino Pio, sotto le seguenti condizioni: 1° Bisogna esaminare se l'arrogazione sia di utilità all'impubere. 2° Si richiede il

abolita ogni solennità, [1] e l'arrogazione si compieva mediante un rescritto del principe che prendeva cognizione dell'affare: ai tempi di Giustiniano, era questo l'unico modo per compierla. [2]

L'arrogazione fa passare sotto la patria potestà dell'arrogatore l'arrogato con tutte le persone che ne dipendono; e di più l'arrogato perde la sua primitiva agnazione, ed acquista quella dell'arrogatore. Nel diritto antico l'arrogatore acquistava a titolo universale tutto il patrimonio dell'arrogato, ma nel diritto nuovo egli non ne acquista che l'usufrutto e l'amministrazione. [3]

*Dell'adozione propriamente detta (datio in adoptionem).* — Quest'adozione ha per effetto il passaggio di una persona *alieni iuris* dalla sua primitiva famiglia in quella dell'adottante. Si chiama *datio in adoptionem*, appunto perchè in essa un padre di famiglia dà ad un altro il proprio figlio in adozione; e la patria potestà, cui il padre naturale rinuncia, è acquistata dal padre adottivo. In antico, le forme dell'adozione dimostravano assai bene l'estinzione per una parte, e l'acquisto per l'altra, della patria potestà; esse consistevano in una triplice mancipazione ed in una cessione in iure. [4] L'adottante rivendicava l'adottato come suo figlio contro il padre naturale, o in senso inverso quest'ultimo lo rivendicava contro l'adottante; [5] il padre naturale non sosteneva i propri diritti, e l'adottante vinceva la causa; [6] ma per rendere possibile questa rivendicazione bisognava far precedere l'estinzione della patria potestà del padre naturale mediante finte vendite, precisamente come nel caso dell'emancipazione dei figli di famiglia. [7] Nella legislazione giustinianea, le forme dell'adozione si sono semplificate d'assai; l'adozione ha luogo davanti al magistrato del domicilio dell'adottante e si compie col semplice prender nota della dichiarazione concorde delle tre parti interessate. [8]

---

consenso dei prossimi parenti e di tutti i tutori; 3° l'arrogante deve garantire che, in caso di morte, lascierà all'arrogato almeno la quarta parte delle sue sostanze *(quarta divi Pii)* e inoltre che, morendo l'impubere, egli restituirà le sostanze del medesimo ai di lui eredi.

[1] C. 2, 6. Cod. VIII, 49.

[2] § 1 Inst. de adopt. I, 11.

[3] § 2 Adquis. per arrog. III, 10.

[3] V. *Parte* I, § 5 p. 45-46 (e note *ivi*), e § 61.

[4] GAI. I, 98-10, 134.

[5] V. *Parte I*, § 5 e specialmente le Note a pag. 46.

[7] V. il § seguente e più sopra § 169.

[8] § 1 Inst. *h. t.*, C. 11 Cod. *h. t.*

La *datio in adoptionem* produceva nel diritto antico i medesimi effetti dell'*arrogatio*. L'adottato usciva dalla sua famiglia primitiva, ed entrava nella famiglia e sotto la patria potestà del padre di famiglia, e subiva quindi una *minima capitis diminutio*;[1] ma secondo la legislazione di Giustiniano, questi effetti non si avveravano sempre. Giustiniano stabilì la seguente distinzione: se un figlio vien dato in adozione ad un suo ascendente, l'adozione produce gli stessi effetti dell'arrogazione; se invece il figlio viene adottato da un estraneo, egli resta sotto la patria potestà e nella famiglia del suo padre naturale, ed entra soltanto di fatto nella famiglia del padre adottivo, al quale però ha diritto di succedere *ab intestato*.[2] Nel primo caso l'adozione suolsi chiamare *adoptio plena*, nel secondo *minus plena*.

## § 171.

### Estinzione della patria potestà.

*Cause di estinzione.* — La patria potestà è un potere che spetta al padre di famiglia durante tutta la sua vita, e quindi non cessa che colla sua morte. Vi sono però alcune altre cause che la estinguono, e sono: 1° la morte del figlio di famiglia; 2° la massima e media diminuzione di capo del padre o del figlio di famiglia;[3] 3° l'arrogazione e la adozione piena;[4] 4° certe dignità civili od ecclesiastiche ottenute dal figlio di famiglia, che sono riputate incompatibili colla soggezione alla patria potestà, e finalmente 5° la emancipazione, della quale ci facciamo a parlare.

*Emancipazione in ispecie.* — La emancipazione è un atto solenne pel quale il padre di famiglia rinuncia alla patria potestà che ha sul figlio (o sul nipote) e lo rende indipendente. Essa richiede il consenso del padre e del figlio, e l'osservanza di certe formalità. Riguardo a queste si devono distinguere tre specie di emancipazione, cioè l'antica, l'anastasiana e la giustinianea.

*Emancipazione antica.* — L'emancipazione antica si eseguiva con tre vendite (*mancipationes*) e con tre manumissioni. Il padre vendeva (mancipava) il figlio ad un finto compratore, il quale in forza della *mancipatio* acquistava sul figlio il *mancipium*. Il com-

---

[1] § Inst. de leg. agn. succ III, 2: Ulp. XI, 13.
[2] C. 10, pr. § 1-4 C. de adopt. 8, 48; § 2 Inst. I, 11. — Codice civ. ital art. 202-219.
[3] V. *Parte I*, § 8, pag. 60, 61.
[4] V. il § precedente.

pratore (*mancipio accipiens*) rinunziava al suo potere mediante la *manumissio vindicta*, con che tornava a rivivere la potestà del padre naturale. Questi vendeva ossia mancipava il figlio una seconda volta, e dava così luogo ad una seconda manumissione e ad un secondo ritorno del figlio sotto la sua patria potestà. La terza vendita che il padre faceva del figlio estingueva assolutamente la sua potestà (*si pater filium ter venum dabit, filius a patre liber esto*). Ma in questa occasione il padre pattuiva col finto compratore che questi glielo remancipasse, affinchè, avutolo in mancipio, potesse manometterlo ed acquistare su lui i diritti di patrono.

Questa convenzione del padre col compratore del figlio si aggiungeva all'atto della *mancipatio*, che si diceva fatta *sub fiducia* (*mancipatio sub fiducia contracta*).[1]

*Emancipazione anastasiana.* — Il padre faceva in iscritto una supplica all'Imperatore affinchè emancipasse il figlio; l'Imperatore con un rescritto lo emancipava, e questo rescritto era inserito nei pubblici archivi dal magistrato.[2]

*Emancipazione giustinianea.* — A compiere questa ultima sorta di emancipazione bastava una dichiarazione fatta dal padre, annuente il figlio, dinnanzi al magistrato, il quale ne prendeva atto.[3]

Mediante l'emancipazione il figlio diventa *sui iuris*, ma esce dalla sua famiglia e vi perde la qualità di agnato; tuttavia il principe può nel rescritto conservargli i diritti di agnazione.[4] Quanto ai beni convien distinguere il peculio profettizio dall'avventizio; del primo acquista la proprietà il figlio quando non gli è tolta espressamente; del secondo il padre conserva metà in usufrutto quale premio della emancipazione.[5]

---

[1] Vedi *Prima parte* § 10, pag. 67. Le tre vendite o mancipazioni erano necessarie quanto ai figli maschi di primo grado; trattandosi di figli di grado ulteriore o di figlie, bastava una vendita sola (Gai. I, 132). L'emancipazione antica andò in disuso con l'antico formalismo.

[2] § 6 Inst. quib. mod. patr. pol. I, 12.

[3] C. 6 Cod. de emancip. 8, 49. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 426.

[4] C. 11 Cod. 6, 58.

[5] § 2 Inst. per quas. pers. 3, 9. — Cod. civ. ital. art. 310-322. Il minore emancipato dai genitori, dal consiglio di famiglia o per effetto di matrimonio, fa da sè gli atti di semplice amministrazione; per quelli che l'eccedono, occorre il concorso del curatore e talora anche l'autorizzazione del consiglio di famiglia.

## CAPO III.

### DELLA TUTELA E DELLA CURA

### § 172.

**Della tutela in generale.** [1]

La difesa e la cura delle persone e degli interessi di coloro che rimangono privi dei loro naturali difensori, senza che possano per la loro età o per altre cagioni provvedervi da se medesimi, fu sempre oggetto di istituti giuridici e di disposizioni legislative, come cosa che interessa non solo gli individui, ma anche le famiglie e lo stato.

I Romani avevano provvisto a questa difesa con un istituto giuridico che risale ai primi tempi del loro diritto civile. La *tutela*, com'essi la chiamavano da « *tucor* » difendere, era destinata a venire in aiuto di tutti coloro, che erano *sui iuris* nè si trovavano sotto la potestà o la mano o il mancipio di un padre, o di un marito o di un signore, e non erano ritenuti capaci di provvedere da sè ai loro interessi. La *curatio* o la *cura* inoltre, in qualche modo differente dalla tetela, era un altro istituto destinato a provvedere ad altri casi speciali.

Anche questi istituti, specialmente quello della tutela, sono andati soggetti ad uno svolgimento storico insieme col diritto di famiglia in generale. Considerati ed esercitati dapprima nell'interesse principalmente, della gente e della famiglia vennero a poco a poco col progressivo aumento dell'importanza dello Stato a cadere sotto la sorveglianza e le disposizioni delle autorità pubbliche e della legge. Anche nelle moderne legislazioni regna il concetto dominante già nella giurisprudenza imperiale, che la tutela è un ufficio pubblico, un dovere sociale più che un diritto, soggetto alla immediata ingerenza dello Stato. [2]

Cominciando a trattare della tutela, per passar poi in un paragrafo distinto a parlare della cura, diremo come essa si definisca il potere accordato dal diritto civile ad una persona *sui iuris*

---

[1] Arndts-Serafini, *Pandette*, § 433 e seg.

[2] Già Cic. de off. 1, 25 aveva detto " Tutela ad utilitatem eorum qui commissi sunt, eis, quibus commissa est., gerunda est. " Cod. Civ. art. 241 seg.

di difendere colui che per la sua età è impotente a farlo da sè.[1] Questa definizione di Servio però oltre al rappresentare specialmente l'antico concetto della tutela non è completa, avendo il diritto romano ammessa ancora una tutela delle donne. Noi ci occuperemo dunque in due distinti paragrafi delle diverse specie della tutela: di quella degli impuberi in primo luogo, ed in secondo di quella delle donne.

## § 173.

### Tutela pupillare e sue specie.

Gli impuberi *sui iuris* (*pupillus*, *pupilla*) sono le persone più specialmente bisognevoli di tutela.[2] Il diritto romano vi provvedeva in tre modi, vale a dire con la tutela *testamentaria*, colla *legittima*, colla *dativa*.

*Tutela testamentaria.* — Il diritto del padre di famiglia di nominare nel testamento un tutore ai suoi figli impuberi è riconosciuto espressamente dalle XII Tavole.[3] La validità della tutela dipendeva da quella del testamento in generale; quindi il tutore testamentario doveva avere col defunto la *testamenti factio* passiva,[4] e nell'antico diritto cadeva, se il testamento era formalmente invalido. Sotto l'impero però questa *tutela imperfecta* andava soggetta alla conferma dell'autorità pupillare.[5]

*Tutela legittima.* — Soltanto quando manchi ogni disposizione del padre di famiglia,[6] è chiamato alla tutela secondo il disposto delle XII tavole il più prossimo agnato, quello cioè che morendo

---

[1] Fr. 1, pr. Dig. 26, 1. " Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. Ibid. § 1. " Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent ex qua re ipsa nomen acceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores. "

[2] Gai. 1. 189 " Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contigit: quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectæ ætatis non sit alterius tutela regatur.

[3] Ulp. fr. XI, 14. " Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita ius esto ": qui tutores dativi appellantur " Gai. 1, 144 segg. Il tutore testamentario si diceva *dativus*, perchè la formula soleva esser questa " *L. Titium liberis meis tutorem do* Gai, I, 149.

[4] Ulp.; fr. XI, 16.

[5] Fr. 1, § 1. Dig. 26. 3· " Quod deficit repleri a consulari potestate, constitutiones concesserunt et secundum mentem confirmari tutores. " — Cod. Civ. ital. art. 242 e 243.

[6] Fr. 9, § 1: Dig. 27, 3, " semper legitima tutela testamentariæ cedit. "

l'impubere sarebbe il più prossimo erede.[1] Poichè il diritto della tutela e della eredità andavano di pari passo, così l'ordine è lo stesso tanto nella successione quanto nel diritto alla tutela. Secondo il medesimo principio spettava la tutela, che dicevasi pur *legitima*, al patrono o alla sua famiglia sul manomesso impubere.[2] Giustiniano colla sua Nov. 118, c. 5 chiamò alla tutela legittima anche i cognati.

*Tutela dativa.* — In difetto delle due prime specie di tutela era riserbata all'autorità la nomina di un tutore per l'impubere sulla domanda e proposta dei parenti o di qualunque interessato.[3] Tale disposizione risale ad una legge Atilia, che è certo anteriore all'anno 186 av. C.[4] e si attribuisce generalmente al tribuno della plebe L. Atilius Regulus (anni 311 av. C.), e fu estesa da una legge *Julia et Titia* alle provincie. Secondo queste leggi la nomina dei tutori era attribuita in Roma al pretore urbano assistito dal collegio dei tribuni della plebe, nelle provincie ai presidi delle medesime.[5] Oltre a questo il pretore soleva nominare dei tutori straordinarî detti per ciò *prætorii tutores*, quando fra il pupillo ed il tutore ordinario vi fosse stato conflitto d'interessi.[6] Sotto l'impero l'autorità di nominare i tutori in Roma fu trasferita da Claudio ai consoli,[7] da Marco Aurelio ad un *prætor tutelaris* per Roma e la diocesi urbana,[8] da una ordinanza dell'anno 389 d. C. al *præfectus urbi* con un consiglio di 10 senatori e col pretore

---

[1] Gai. 1, 155. " Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

[2] Gai. 1, 165, 167, 175, 192; Ulp. fr. XI, 3, 19; Instit. 1, 17. — Non si può determinare se in mancanza degli agnati fossero nell'antico diritto chiamati, come alla successione, così alla tutela i gentili. — Codice civile ital. art. 244.

[3] Fr. 2, § 23; Dig. 38, 17. Alcune persone vi erano obbligate: v. fr. pr. e § 1; Dig. 26, 6. Const.

[4] Liv. 39, 9, 2-6 e 8-11, Cod. 5, 31.

[5] Gai. 1, 185. Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a prætore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur: in provinciis vero a præsidibus provinciarum ex lege Julia et Titia: Ulpian. 11, 18.

[6] Gai. 1, 184. " Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur si inter tutorem et mulierem pupillumve legis actione agendum erat..... qui dicebatur *prætorius* tutor quia a prætore urbano dabatur. Post sublatas legis actiones quidam putant, hanc speciem dandi tutores desiisse esse necessarium, sed adhuc dari in usu est, si legitimo iudicio agatur " Ulp. XI, 24.

[7] Svet. Claud. 23, cf Plin. ep. 9, 13; Gai. 1, 200, § 3. Inst. 1, 20.

[8] Fragm. Vatic. § 232, cf Orelli-Henzen, n. 6485.

tutelare,[1] infine da Giustiniano al prefetto medesimo per le classi più elevate *(illustres et clarissimi)*, al pretore ed ai presidi delle provincie per gli altri.[2] — Dicemmo già che nelle provincie la facoltà di nominare i tutori *(tutoris datio)* era dalle leggi *Julia et Titia* accordata ai presidi: essi la esercitavano dietro proposta *(nominatio)* delle autorità delle città provinciali, le quali acquistarono sempre più lo stesso diritto di nomina, quantunque sotto il sindacato dei presidi.[3] — Nelle città italiche la nomina era pure accordata talvolta nella *lex municipalis* alle autorità locali, nelle altre spettava all' autorità centrale, e ciò durò finchè Marco Aurelio non ebbe affidato quell' ufficio agli *iuridici*.

Oltre le suddette specie di tutela è da farsi menzione in questo luogo di una *tutela fiduciaria*. Essa sorgeva quando una persona liberava un' altra dalla condizione di mancipio, e nell' atto precedente della mancipazione era stata patteggiata una tale liberazione (fiducia). Quella persona rimaneva per diritto di quasi-patronato tutore del manomesso o *tutor fiduciarius*. Ciò avveniva specialmente nel caso del padre che avesse mancipato il figlio ad un altro, del marito o dell' estraneo che liberasse una donna dalla *manus* (v. più sotto § 177). Infine anche i figli maggiori di un genitore, che avesse manomesso figlie o nipoti, divenivano tutori fiduciari delle medesime.[4]

## § 174.

### Della capacità ed obbligo di assumere la tutela pupillare.

Non tutti sono capaci di assumere l' ufficio della tutela: tutti quelli però, che ne sono capaci, sono obbligati ad assumerla meno determinati motivi di scusa.

---

[1] 2 4, inst. 1, 20; fr. 45, § 3; Dig. 27, 1; Const. 1, cod. 5, 33.

[2] Const., 1, Cod. 5, 33.

[3] Fr. 1, 24, Dig. 26, 3, fr. 3, 19 § 1; Dig. 26, 5. § 5. Inst. 1, 20. “ Hoc iure utimur ut — in provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent vel magistratus iussu præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates. „ — Anche la curia aveva qualche volta il diritto della nomina: v. fr. 19 pr. Dig. 26, 5. — V. un privilegio speciale nella costituzione municipale Salpensana cap. 29. — Cod. civ. ital. art. 245.

[4] Fest. s. v. *remancipatam*, Ulp. XI. 5. Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente vel a coëmptionatore manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur; Gai. 1, 115, 166, 175. Institution. 1, 19, fragm. 4. Dig. 26, 4.

Sono assolutamente incapaci coloro che non hanno *testamenti factio* col pupillo (schiavi, peregrini, *Latini Iuniani*), [1] gli impuberi, i furiosi, i prodighi, gli infami, i muti, i sordi, e finalmente le donne. [2] Riguardo a queste ultime però il Principe poteva accordare alla madre ed all' ava la tutela sulla loro istanza, anzi si finì col permetterlo assolutamente, quando esse restassero vedove. [3] Di una incapacità relativa si parla, quando l' autorità tutelare esclude dalla tutela coloro che la domandano in modo sospetto o erano invisi o nemici ai genitori. [4]

I motivi di esenzione della tutela (*excusationes*) sono molti e diversi. [5] I principali sono i seguenti: l'età di 70 anni; l' assenza per affari di stato; un determinato numero di figli secondo la legge Papia Poppea (3 in Roma, 4 in Italia, 5 nelle provincie); tre diverse tutele; alcuni uffici, dignità e professioni; il servizio militare; l' appartenere a certe corporazioni privilegiate; la mancanza delle necessarie cognizioni. — La facoltà accordata già al tutore nominato dall' autorità di liberarsi proponendo un più abile o più prossimo al pupillo (*potioris nominatio*) e limitata da Settimio Severo [6] fu abbandonata dal diritto giustinianeo.

## § 175.

### Rapporti giuridici fra tutore e pupillo.

La tutela ha piuttosto un carattere economico che un carattere personale. Generalmente la educazione e la custodia del pupillo erano anche in Roma lasciate ai più prossimi parenti e ordinariamente alla madre. [7] Le spese per l' allevamento od istruzione (*alimenta*) vengono determinate in una certa somma dal magistrato, quando il padre non vi abbia già provveduto nel suo testamento: [8] ed al tutore è affidata la cura personale del pupillo

---

[1] GAI. 1, 23; ULP. fr. 11, 16; Vatic. fr. 193.

[2] Fr. 1, § 2, 3, § 17, 18, Dig. 26, 1.

[3] Const. 2, Cod. 4, 35, Nov. 118, cap. 5.

[4] Fr. 21, § 6. Dig. 26, 5. fr. 3, § 12. D. 25, 10. Cod. civ. ital. art. 268-271.

[5] Essi sono enumerati nei Vatic. fragm. § 123-248, nelle PAULLI rec. sent. 2, 27, nel Cod. Theod. 3, 20, nei Dig. 27, 1, nelle Istit. 1, 25, nel Cod. 5, 62-69.

[6] PAULL. rec. sent. 2, 28, 29. Vatic. fragm. § 158 segg., 206 segg. 242, 246, 258. — Codice civile ital. art 272-276.

[7] V. p. e. SENEC. consol. ad Marcb. 24. " Pupillus relictus sub tutoris cura usque ad decimum quartum annum fuit, sub matris tutela semper. "

[8] Fr. 3 pr. Dig. XXVII, 2.

sol quando la madre sia morta o incapace e non vi sia altro prossimo parente, nelle quali disposizioni, il magistrato deve sempre por mente ai desideri del genitore defunto e dei congiunti. [1]

Le attribuzioni del tutore sono di due specie: *auctoritatis interpositio*, *negotiorum gestio.* [2] *Auctoritas* non è nel vero senso della parola se non complemento della dichiarazione di volontà del pupillo. Alcuni atti giuridici non sono validi e completi, se non quando alla volontà del pupillo si aggiunge quella del tutore (*auctor fit pupillo ad negotium gerendum*). Questi atti sono in primo luogo tutti gli atti civili solenni, (*si civile negotium gerant*, *si lege aut legitimo iudicio agant*) [3] e secondariamente tutti quegli atti, che portano effettivamente o potrebbero portare una diminuzione nel patrimonio del pupillo e quindi obbligazioni, alienazioni, adizione di eredità. [4] Egli agisce invece validamente quando si tratta di un aumento del suo patrimonio.[5] È inutile il dire che l' interposizione dell'autorità non è possibile se non quando il pupillo ha superata l' infanzia, perchè allora soltanto egli è capace di agire civilmente. *l 'auctoritas* ha poi questo di singolare, che lungi dall'essere considerata come una ratifica degli atti del minore, è un elemento essenziale dell' atto stesso: e perciò il tutore deve esser presente [6] e deve prestare il suo assenso incondizionatamente [7] senza che sia però necessaria una forma speciale di assenso. [8] Quando i tutori son più, tutti devono secondo l' antico diritto interporre la loro autorità; [9] Giustiniano dichiara però che di regola l' autorità di un solo di essi è sufficiente. [10]

---

[1] Fr. 1, pr. D. 27, 2.

Ulp. Fr. XI, 25. " Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt. „

[3] Ulp. Fr. XI, 27, XX, 12. 15. Gai. II, 113.

[4] Gai. III, 107. " Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, veluti si ipse obligetur. „ Ulp. Fr. XI. 27. Fr. 9 pr. D. 26, 8; Fr. 8 pr. D. 29, 2; Fr. 9 § 3. D. 26, 8. Gai, II, 80. — Il pupillo però assumeva in certa qual maniera una obbligazione *naturale*, se si obbligava senza l' intervento del tutore: Fr. 5 pr. Dig. 26, 8; Fr. 43 D. 44, 7. Vedi § 111 pag. 25.

[5] Fr. 9 pr. D. 26, 8. " *Obligari* ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest, *acquirere* autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest. "

[6] § 2 Inst. 1. 21. " Tutor autem *statim, in ipso negotio præsens,* debet auctor fieri. „

[7] Fr. 8 D. 26, 8. " Auctoritas *pure* interponenda est. „

[8] Fr. 3. eod. Può bastare anche il silenzio; Fr. I § 1. eod.

[9] Ulp. Fr. XI, 26.

[10] Const. 5. Cod. 5, 59.

La *(negotiorum) gestio* è l'amministrazione del patrimonio pupillare. Prima di assumerla il tutore è obbligato a stendere un esatto inventario di tutto il patrimonio. [1] Nell'amministrazione poi egli è tenuto a conservarlo, impiegarlo ed anche accrescerlo secondo le circostanze. In questo però egli è perfettamente libero e indipendente, solo quando il pupillo sia minore di sette anni, o assente, o demente. [2] Egli deve infatti mantenere in buon essere fondi e edifizî, usare la debita sorveglianza sui capitali dati a frutto, impiegare i denari nell'acquisto di fondi, o, se questo è impossibile, in mutui ad interesse colle dovute garanzie, [3] deve vendere le cose appartenenti al pupillo che deperiscono col tempo. [4] Quanto alla alienazione di beni del pupillo la libertà del tutore fu limitata da un Senatusconsulto dell'a. 195 d. C. conosciuto sotto il nome di *Oratio Severi* [5] e dalle posteriori costituzioni imperiali. [6] Così Costantino ordinò che meno pochissime eccezioni nulla potesse essere alienato dal tutore senza il permesso dell'autorità. — Infine il tutore deve rappresentare il pupillo in giudizio, sia coll'agire egli stesso, sia coll'interporre la sua autorità. [7]

Quando i tutori son più, un solo in generale amministra, e gli altri chiamansi *honorarii*. Se non è determinato da un testamento quale deve essere fra più tutori l'amministratore, lo si determina dalla maggioranza dei tutori o dal pretore, ovvero anche i tutori si dividono l'amministrazione secondo i rami d'affari o secondo le provincie. [8]

I doveri del tutore nell'amministrazione pupillare erano fino dai più antichi tempi ritenuti come sacri, [9] ed era quindi severamente provvisto alla loro infrazione. Già le XII tavole aveano stabilito a favore del pupillo due speciali azioni, *l'accusatio suspecti tutoris* e l'*actio rationibus distrahendis*. Colla prima, che era accordata al pupillo stesso, se ne era capace, o, se questo non era, ai contutori, ai congiunti ed infine a qualunque persona,

---

[1] Fr. 7 pr. D. 26, 7. — Sulla cauzione da prestarsi dal tutore v. più sotto.
[2] Fr. 27. Dig. 26, 7, § 3. D. 41, 4.
[3] Fr. 15, 35, 39 § 14; 46 § 7. D. 26, 7: Fr. 5 pr. 3 § 2; Fr. 7. §§ 3, 7; Fr. 49 eod.
[4] Fr. 7. § 1 D. 26, 7.
[5] Fr. 1. § 2. Dig. 26, 9.
[6] Const. 22 Cod. 5, 37. Nov. XXII, t. 5 7.
[7] Fr. 1, §§ 2, 3, 4. fr. 10 Dig. 26, 7.
[8] Fr. 3. §§ 1-9; fr. 4, 36, 38, 55 pr. e § 1. Dig. 29, 7.
[9] Cato in Gell. N. A. 5, 13. " Quod maiores sanctius habuere defendi pupillos quam clientem non fallere.

si otteneva dall'autorità la remozione del tutore che avesse trascurato le regole di una buona amministrazione. Quando il magistrato trovava giusta l'accusa e riconosceva nel tutore dolo o colpa, pronunziava la remozione e nominava un altro amministratore. Il tutore rimosso, quando fosse convinto di dolo, era colpito d'infamia. [1] Coll'*actio rationibus distrahendis* il pupillo otteneva il doppio valore di ciò che il tutore avesse sottratto. È da notarsi però, che essa era per metà reipersecutiva e per metà penale e che inoltre poteva essere intentata soltanto dopo il termine della tutela e mai contro gli eredi. [2] — L'*actio tutelæ* finalmente serviva a garantire il pupillo contro ogni pericolo di malversazione. Quest'azione, che non potevasi intentare se non a tutela finita, [3] mirava così ad ottenere il rendimento dei conti, al quale ogni tutore era obbligato compito il suo ufficio, come pure alla restituzione del patrimonio pupillare coll'indennità per tutto ciò che fosse andato perduto per colpa del tutore. [4] Era un giudizio di buona fede ed arbitrario, per cui venivano in esso il dolo e la colpa, gli interessi e la compensazione: [5] la condanna portava inoltre per conseguenza l'infamia. [6] Coll'*actio tutelæ contraria* il tutore poteva domandare la refezione delle spese (*impensæ*) incontrate nell'amministrazione. [7]

Oltre a queste azioni il pupillo è garantito dalla cauzione (*satisdatio rem pupilli salvam fore*) che i tutori, tranne i testamentarî e quelli nominati da un alto magistrato, devon prestare per mezzo di fidejussori e in forma di una stipulazione: [8] da una ipo-

[1] Fr. 1. §§ 2, 6; fr. 3 pr. § 1; Dig. 26, 10; ULP. fr. XI, 23; GAI. I, 182; Inst. 1, 6. — Nei casi più gravi il *præfectus urbi* e il preside potevano infliggere una pena criminale; fr. 1. § 8; fr. 3. §§ 15, 16 D. eod. §§ 10, 11; Inst. 1, 26.

[2] Fr. 55. § 1; Dig. 26, 7; PAULL. r. s. II, 30; fr. 2. § 2 D. 27, 3.

[3] Fr. 4 pr. D. 27, 3.

[4] GAI. 1. 191; Fr. 1. § 3 D. 27, 3; fr. 9 pr. Dig. 3, 13.

[5] GAI. IV. 62; fr. 5. § 7; fr. 7. §§ 5, 10; fr. 33 pr. 41, 57 pr. Dig. 26, 7; fr. 1. § 4; Dig. 27, 4.

[6] TAB. HERACL. III; CICER. p. Rosc. 6; fr. 1 D. 3, 2.

[7] Fr. 1 pr. Dig. 27, 4. " Contrariam tutelæ actionem *prætor* proposuit induxitque in usum ut facilius tutores ad administrationem accederent, scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. " — Il tutore, contro cui si intentava l'azione di tutela, poteva esigere dal pupillo il giuramento di calunnia, ed anche intentargli di poi un giudizio di calunnia quando avesse creduto che il pupillo fosse spinto da sola malevolenza. GAI. 1. 174-176, 178-179.

[8] GAI. 1. 199-200; Instit. 4, 23 pr. — Dalla stipulazione sorgeva alla fine della tutela l'*actio ex stipulatu*, colla quale si otteneva l'*interesse* del pupillo. Fr. 32 pr. Dig. 26, 7 fr. 7 D. 27, 7.

teca legale sul patrimonio del tutore: [1] e finalmente dalla responsabilità sussidiaria di coloro che erano concorsi alla nomina del tutore. [2]

## § 176.

### Termine della tutela pupillare.

La tutela pupillare ha termine:

1.° colla pubertà del pupillo: [3]

2.° colla morte del medesimo o colla sua *capitis deminutio*; [4]

3.° colla morte del tutore o colla sua *capitis deminutio* massima e media; [5]

4.° colla deposizione del tutore o la sua dimissione per un motivo di scusa. [6]

## § 177.

### Tutela muliebre.

Il più antico Diritto Romano ammetteva la tutela perpetua delle donne celibi e vedove, che non fossero nella potestà o nella *manus* di alcuno. La ragione apparente era la debolezza del sesso, ma la causa più intima e più vera era il desiderio di conservare agli agnati il patrimonio famigliare. [7]

---

[1] Cf. Parte prima, pag. 242

[2] Cioè dei taciti fidejussori, di coloro che avessero garantito la idoneità del tutore. — Cod. civ. it. art. 277-309: l'amministrazione del tutore è costantemente sorretta dal concorso e dalla vigilanza del consiglio di famiglia.

[3] Gai. I, 198, 145. Ulp. Fr. XI, 28. Inst. 1, 22, pr.

[4] §§ 1 e 3 Inst. 1, 22: Fr. 14 pr. e § 1 Dig. 26, 1.

[5] Ulp. Fr. XI, 7. Gai. 1, 187. Il tutore legittimo perdeva la tutela anche per la *cap. dem.* minima, appunto perchè la esercitava come membro di quella data famiglia; ma ciò andò in disuso, quando le leggi deferivano la tutela ai parenti naturali; Fr. 7 pr- Dig. 4, 5 cf. Ulp. Fr. XI, 9; § 4 Inst. 1. c.

[6] V. più sopra e Gai. I, 182, Ulp. XI, 23; § 6 Inst. 1, 22.

[7] Liv. XXXIV, 2. " Maiores nostri ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum. „ Cic. pro Muren. 12. " Mulieres omnes *propter infirmitatem consilii* maiores in tutorum potestate esse voluerunt. " Cf. Gai. I, 144. Ulb. Fr. XI, 1. — Gai, I, 190. " Feminas vero perfectae ætatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suadisse videtur; nam quæ vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur, et æquum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera. Mulieres enim, quae perfectæ ætatis sunt, ipsæ sibi negotia tractant;

Anche la tutela delle donne era o testamentaria o legittima o dativa.[1] È da notare soltanto quanto alla tutela testamentaria che il diritto di nominare alla donna un tutore spettava anche al marito e che egli poteva lasciare a lei stessa la facoltà di scegliersi il tutore (*optio*, da cui *tutor optivus*).[2] — Si aggiunga che alla tutela sopra le donne erano autorizzati anche gli impuberi maschi e i dementi, che erano esclusi dalla tutela pupillare,[3] e che nessuna scusa era ammessa.

Molto migliore era del resto la condizione delle donne sotto tutela che quella dei pupilli. Esse amministravano sempre il loro patrimonio e soltanto in alcuni casi era necessaria la interposizione della *auctoritas* del tutore.[4] Quei casi erano specialmente i seguenti: il compimento di un atto giuridico solenne, come la *legis actio*, la mancipazione, la *in manum conventio*, la costituzione di una dote, l'adizione di una eredità, il testamento ed altri: l'alienazione di una *res mancipi*: l'assumere una obbligazione passiva.[5]

La tutela delle donne cessava, particolarmente, col matrimonio delle medesime quando passavano nella *manus* del marito, colla *abdicatio* che non era permessa se non al tutore testamentario, e colla cessione *in iure*, che il solo tutore legittimo poteva fare, della tutela ad un altro.[6]

Il progresso che già sulla fine del governo consolare si era compiuto nella condizione famigliare e giuridica delle donne, fece

---

et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; sæpe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur. „ Id. 192. “ Easque omnia ipsorum (*scil. agnatorum*) causa constituta sunt, ut quia ab eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus, susceptoque ære alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat. „

[1] Gai. 1, 144, 145, 148, 149-157, 173, 178, 180, 184; Ulp. Fr. XI, 18, 20-23.

[2] Plaut. Truc. IV, 4, 6; Liv. XXXIX, 19. Lex munic. Salpens. lin. 22; Gai. 1, 150-154.

[3] Gai. I. 177, 179, 180, 195. Ulp. Fr. XI. 20, 21.

[4] Ulp. XI, 25. “ Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt; mulierum autem tutores auctoritatem dumtaxat interponunt. „ Gai. 1, 190, 191.

[5] Ulp. XI. 27; Gai. I, 192.

[6] Ulp. XI, 17. “ Si *abdicaverit* se tutela, desinit esse, tutor; abdicare autem est dicere nolle se tutorem esse. *In iure cedere* autem tutelam testamento datus non potest, nam et legitimus in iure cedere potest, abdicare se non potest. „ Gai. I, 168, 169. “ Is autem, cui ceditur tutela, *cessicius tutor*, vocatur, quo mortuo aut capite deminuto revertitur ad eum tutorem tutela qui cessit: ipse quoque qui cessit, si mortuus aut capite deminutus sit a cessicia tutela discedit et revertitur ad eum, qui post eum, qui cesserat, secundum gradum in tutela habuerit.

sparire a poco a poco anche la tutela del sesso. [1] La legge *Julia* e *Papia Poppæa* dispensò dalla tutela quelle donne ingenue che avessero avuto tre figli, e quelle libertine che ne avessero avuto quattro. [2] Gli imperatori solevano poi accordare questo *ius trium liberorum*. [3] I giureconsulti però avevano già trovato un espediente per liberare le donne dalla tutela legittima degli agnati, che era loro specialmente onerosa. La donna infatti, che voleva raggiungere quello scopo, soleva farsi remancipare dal marito, nella cui *manus* fosse venuta per mezzo della *coemtio* (cf. § 160) o in mancanza di esso da un estraneo, al quale si dava a questo scopo colla medesima formalità della *coemtio (tutelæ evitandæ aut mutandæ gratia)*, a quella persona nella tutela della quale essa voleva passare. [4] Colla mancipazione e la seguente manomissione la donna usciva dalla sua famiglia e i suoi agnati non potevano così reclamar più alcun diritto di tutela legittima; mentre il tutore *fiduciario* (così chiamavasi quella persona, alla quale la donna facevasi remancipare) non aveva alcuna autorità su di essa, e, quando si rifiutasse ad interporre la sua *auctoritas*, poteva esservi costretto dal magistrato. [5] Per via di questo espediente le donne avevan già il mezzo di sottrarsi alla più gravosa delle soggezioni; finchè una *lex Claudia* (sotto l'imperatore Claudio) abolì addirittura la tutela legittima delle donne. [6] Dopo questa disposizione, venne sempre più a decadere la tutela del sesso in genere. L'ultima menzione, che se ne abbia, si trova in

---

[1] Nel tempo più antico non erano dispensate dalla tutela se non le vergini Vestali, che avevano egualmente un illimitato diritto di far testamento e di essere testimoni ad atti solenni. Gall. 6, 7, 1, 12; Cic. de re publ. 3, 12; Fai. I, 145.

[2] Gai. I, 145, 194, III, 44; Ulp. Fr. XXIX, 3.

[3] Dio. Cassio XLIX, 38.

[4] Gai. I, 114, 115, Quæ sero alterius rei causa facit coemptionem cum viro suo aut cum extraneo, velut *tutelæ evitandæ causa*, dicitur *fiduciae causa* fecisse coemptionem. Quod est tale; si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur, iis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a qua manumissa est: qui *tutor fiduciarius* dicitur. „ Cf. I, 195, 166; Ulp. Fr. XI, 5.

[5] Gai. I, 190, II, 122. “ Loquimur autem non de his scilicet fœminis, quae in legitima parentum aut patronorum tutela sunt sed de his, quae alterius generis tutores habent, *qui etiam inviti coguntur auctores fieri*. „ Cf. Cicer. pro Mur. 12. “ Nam cum permulta praeclare legibus essent constituta, iurisconsultorum ingeniis pleraqua corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnes — in tutorem potestate esse voluerunt *hi invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur*. „

[6] Gai. I, 157, 171. Ulp. Fr. XI, 8.

un editto di Diocleziano: ed essa era già sparita completamente, quando Valentiniano II permetteva alla madre di esser tutrice del figlio. [1]

## § 178.

### Della cura e delle varie sue specie.

La *cura* o *curatio* è un istituto giuridico destinato a supplemento della tutela, alla difesa cioè delle sostanze di un individuo che per particolari ragioni non possa attendere da sè alla loro amministrazione. La sola differenza sostanziale fra la cura e la tutela consiste in questo: che il curatore, mentre ha l'amministrazione del patrimonio e solo quando sia necessario la custodia della persona, non interpone mai la sua *auctoritas*: [2] in tutto il rimanente i due istituti giuridici si rassomigliano. La cura differisce per un altro lato dalla semplice procura in questo: che la prima è un *munus publicum*, al quale nomina sempre il magistrato e che fa indipendente il curatore dal suo amministrato, mentre la seconda ha un carattere affatto privato e dipende così per il modo come per la durata dalla volontà del *dominus*.

La cura distinguesi in *legittima* ed *onoraria* secondochè ha la sua radice nella legge (delle XII tavole) o nell' editto pretorio. [3] Le XII tavole contenevano disposizioni per la cura dei mentecatti e dei prodighi, mentre il diritto pretorio posteriore provvide alla cura dei minori e ad altri bisogni speciali.

*Cura furiosi.* — Il mentecatto giunto alla pubertà veniva affidato alla cura degli agnati o in loro mancanza dei gentili. [4] Il magistrato aveva da confermare il curatore legittimo e dopo una

---

[1] Fr. Vat. 325. Const. 4. Cod. Theod. 3, 17. Const. 2. Cod. 5, 35. La tutela muliebre è affatto sparita nella legislazione italiana non essendo informata a tale concetto neppure la restrizione di cui all' art. 134 Cod. civ.

[2] È da respingersi come falso l'antico concetto, per cui si scorgeva la differenza fra tutela e cura in ciò, che il tutore aveva da provvedere così alla persona come ai beni del pupillo, e il curatore non aveva da occuparsi se non della amministrazione del patrimonio. — Arndts-Serafini, *Pandette* 451-452.

[3] Ulp. fr. XII. 1. " Curatores aut *legitimi* sunt i. e. qui ex lege XII tabularum dantur aut *honorarii* i. e. qui a prætore constituuntur. " — Di una cura testamentaria non si può parlare, perchè se un curatore era nominato in un testamento, si considerava come una proposta che aveva sempre d' uopo della conferma del magistrato; fr. 16 pr. Dig. 27. 10.

[4] Cic. de invent. 2, 50. " Si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. " — Ulp. fr. XII. 2.

completa ricerca dello stato delle cose.[1] Per colui che non fosse completamente alienato, ma avesse solo indebolite le facoltà mentali (*insanus*, *stultus*) provvedeva il diritto pretorio facendogli nominare dal magistrato un curatore speciale.[2]

*Cura prodigi.* — Lo scialacquatore del proprio patrimonio fu considerato e trattato fino dai più antichi tempi di Roma come un alienato. Sulla istanza (*postulatio*) dei congiunti il pretore pronunziava la sua dichiarazione di prodigalità, dietro la quale l'amministrazione era tolta al padre di famiglia e gli si assegnava un curatore fra i suoi congiunti.[3]

*Cura minorum XXV annis.* — La tutela cessava, come vedemmo più sopra, quando il pupillo avesse raggiunto la pubertà, e da quel momento egli aveva la più completa libertà di agire civilmente. Quando però col corrompersi dei costumi divennero sempre maggiori i pericoli, ai quali gli adolescenti *sui iuris* erano esposti, si fece sentire il bisogno di provvedere con disposizioni legislative alla loro difesa. A ciò provvide da prima la *lex Plætoria de circumscriptione adolescentium* emanata qualche tempo dopo la seconda guerra punica.[4] Essa distinse i maggiori ed i minori di 25 anni, e tutelò in più modi questi ultimi dai pericoli e dalle frodi. Così coloro, che avessero ingannato un minore, erano minacciati di una pena pecuniaria e infamante:[5] il minore poteva sempre opporre una *exceptio l. Plætoriæ* alle azioni, che si intentassero contro di lui in seguito ad un contratto:[6] e finalmente era accordata ai minorenni la facoltà di domandare al pretore la nomina di un curatore.[7] Con questo però non erano obbligati tutti i minori ad avere un curatore; ciò era riserbato al loro stesso

---

[1] Fr. 6; Dig. 27, 10. " Observare prætorem oportebit, ne cui temere citra causæ cognitionem plenissimam curatorem det. „

[2] Horat. epist. I. 1, 101 segg.: fr. 19. § 1; fr. 22, pr. Dig. 42, 5; fr. 2; Dig. 3, 1; § 4; Inst. 1, 23.

[3] Cicer. de sen. 7. " Nostro more male rem gerentibus patriis bonis interdici solet; „ fr. 1 pr. Dig. 27, 10. " Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. „ Ulp. XII, 2. — La formula di dichiarazione di prodigalità era secondo Paull. r. s. III, 4*a*, 7. " Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. „

[4] Cf. Plaut. Pseud. 1, 3, 68; Rud. 5, 3, 24.

[5] Cicer. de nat. devr. 3, 30; Tab. Heracl. lin. 111-112.

[6] Fr. 7, § 1; Dig. 44, 1.

[7] Capit. M. Aurel. 10; Paull. Diac. p. 43; Mull. " *Curatores dicuntur qui pupillis loco tutorum dantur.*

interesse; dappoichè nessuno avrebbe contrattato volentieri con un minore col pericolo di vedersi opporre poi la sopradetta eccezione. Sotto Marco Aurelio però la nomina di un curatore divenne obbligatoria per alcuni atti speciali, come per processi, per riscossioni, per alienazioni: [1] quando il pupillo al raggiungere la pubertà non si fosse scelto un curatore, il pretore glie ne nominava uno d'ufficio per ognuno di quegli atti speciali *(ad species, ad certam causam)*. Da questo obbligo sorse naturalmente la consuetudine che la maggior parte di minorenni facevano istanza per ottenere un curatore permanente e generale *(generalis, in omnem rem)*. [2]

*Cura ex aliis caussis.* — Per molti altri casi particolari il pretore si trovò costretto a nominare dei curatori, come per coloro che non possono attendere per vizio naturale ai loro affari, [3] per coloro che sono assenti per lungo tempo, [4] per i beni rimasti senza amministratori, come i beni di un fallito *(cura bonorum)* o di un'eredità giacente, o di un nascituro *(cura ventris)*: [5] per il pupillo finalmente quando il tutore non possa occuparsi della amministrazione. [6]

Per quello che riguarda i rapporti giuridici fra curatore ed amministrato le obbligazioni e la responsabilità del primo sono analoghe a quelle del tutore. [7] Il secondo invece non era limitato nella sua libertà d'azione, e tranne che non poteva nè amministrare nè alienare, poteva però anche obbligarsi per mezzo della stipulazione. [8] Contro il curatore inoltre potevasi intentare l'*accusatio suspecti tutoris* [9] e l'*actio negotiorum gestorum* analoga all'*actio*

---

[1] § 2, Inst. 1, 23; fr. 1, § 2; Dig. 4. 4; Const. 3; Cod. 2, 22.

Fr. 1, § 3; Dig. 4, 4. " Et ideo hodie in hanc usque ætatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suæ administratio eis committi debebit quamvis bene rem suam gerentibus. "

[3] Come sordi e muti (§ 4, Inst. 1, 23 e fr. 3, § 3; Dig. 3, 1), quando non abbiano nominato da loro stessi un procuratore (mai però i ciechi) PAULL. r. s. IV, 12, 9: ed anche coloro *qui morbo perpetuo laborent* (fr. 19; § 1 D. 42, 5).

[4] Fr. 22, § 1 D. 42, 5; fr. 15 pr. D. 4, 6; fr. 6, § 2; Dig. 42, 4.

[5] Fr. 8 D. 42, 4; fr. 3; Dig. 27, 10; tit. Dig. 37, 7

[6] § 5. Inst. 1, 23.

[7] GAI. I, 199, 200; Inst. 1, 24.

[8] Fr. 101, Dig. 45, 1. " *Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* "

[9] Fr. 3, §§ 2, 3; Dig. 26, 10. Essa non potevasi intentare però contro ogni sorta di curatori ma solo contro il curatore del minore, del mentecatto, del prodigo.

*tutelæ*,[1] ed il curatore poteva domandare con un *contrarium iudicium* la refezione delle sue spese.[2]

La cura ha termine per il curatore come per il tutore; per l'amministrato sia col riacquisto della salute per il mentecatto, sia colla correzione pel prodigo,[3] sia coi 25 anni compiti per il minore. Riguardo a quest'ultimo però l'imperatore poteva accordare la *venia ætatis*: il che secondo una disposizione di Costantino non poteva accadere prima di 20 anni per gli uomini, prima di 18 per le donne.[4]

---

[1] Fr. 4, § 3; Dig. 27. 3; fr. 13, 14 eod. const. 7; Cod. 5, 51. — Quando fosse provato il dolo, il curatore poteva esser condannato nel duplo; PAULL. r. s. II, 30.

[2] Fr. 1, § 2, Dig. 27, 4.

[3] Fr. 1 pr., Dig. 27, 10.

[4] Fr. 3 pr.; Dig. 4, 4; Const. 1; Cod. Theod. 2, 17; Const. 2: Cod. 2, 45. — Secondo la legislazione italiana viene nominato ai minori un curatore speciale nel caso che vi sia conflitto d'interesse fra essi e il genitore che esercita la patria podestà (art. 224) e si dà inoltre un curatore all'emancipato (art. 314 e 315) ed all'inabilitato (art. 339): l'interdetto invece è posto sotto tutela (art. 329).

# LIBRO QUINTO

# DIRITTO DI EREDITÀ

## CAPO I.

### NOZIONI PRELIMINARI.

### § 179.

**Della successione in causa di morte in generale.**

*Nozione.* — Allorquando un uomo dotato di capacità giuridica viene a morire, tutti i suoi diritti cessano *per lui*, essendo fisicamente impossibile che seguitino nella sua persona; ma non cessano tutti *con lui*, perocchè altre persone sieno chiamate a succedere nel suo patrimonio. Tale successione in causa di morte è di due specie: può essere cioè a titolo universale od a titolo singolare, secondochè si succeda nei beni del defunto considerati come un tutto ideale, come una università di diritti (*universitas*, *universum ius*), o si succeda soltanto in alcuni diritti o rapporti patrimoniali determinati, presi isolatamente. [1] La successione *universale* in causa di morte s' avvera nella eredità; quella *singolare* nei legati, nei fidecommessi particolari, nelle donazioni e nelle capioni a causa di morte.

*Eredità.* — L' eredità è la successione universale ad un defunto (*hereditas est successio in universum ius quod defunctus habuit*): [2] onde colui che succede nell' *universum ius defuncti* chiamasi erede.

---

[1] Vedi *Parte Prima*, § 23, pag. 84.

[2] Fr. 4 de V. S. 50, 16; fr. 62 de R. I. 50 17.

L' erede rappresenta il defunto, ne sostiene e ne continua la personalità, in guisa da formare con lui una persona sola.[1] Di qui derivano importanti conseguenze:

1.° L' erede succede indistintamente in tutti i rapporti patrimoniali tanto attivi che passivi del defunto;

2.° L' erede deve essere chiamato almeno ad una quota parte dell' eredità; chi non ne raccoglie che beni determinati è un semplice legatario, dappoichè egli non rappresenta il defunto nell' insieme della sua attività giuridica.[2] L'erede sebbene chiamato originariamente ad una porzione dell eredità, nondimeno acquista l' intiero se i coeredi vengono a mancare; dappoichè nella sua qualità di rappresentante del defunto egli ha diritto all' insieme del suo patrimonio, diritto che non gli può essere diminuito se non dalla presenza dei coeredi forniti di titolo eguale al suo.

*Eredità giacente.* — L' erede, come rappresentante la persona del defunto, acquista l' eredità direttamente senza alcun intermediario.[4] Ma la successione immediata al defunto incontra quest' ostacolo materiale, che l' erede non acquista di regola l'eredità se non mediante un' accettazione:[5] nell' intervallo che corre fra la morte del defunto e l' accettazione, l'eredità abbandonata (*hereditas iacens*) si considera in luogo e vece del defunto e si finge ch' essa continui immediatamente la capacità giuridica del medesimo.[6] Mediante tale finzione la eredità giacente è una persona giuridica capace di diritti e di obbligazioni, ma tostochè ne è fatta l'accettazione, questa retroagisce al giorno della morte del defunto.[7]

*Legato.* — Dall' erede bisogna distinguere il legatario, che come semplice successore singolare è chiamato a raccogliere al-

---

[1] Nov. 48, præf. in f.; Cod. civ. art. 693, 925 e 1027.

[2] C. 13 Cod. de her. inst. 6, 24. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 463; VANGEROW, *Pandette* II, § 449, nota 2; WINDSCHEID. *Pandette* III § 553; PACIFICI-MAZZONI *Istituzioni*, IV, num. 8-10.

[3] Fr. 31. fr. 53. § 1 de acq. vel omitt. hered. 29, 1. — I Romani indicavano la eredità come qualunque altro tutto, col nome di asse, *as*, che dividevano in dodici parti eguali, dette *oncie*, ciascheduna delle quali aveva un nome proprio. *Uncia* (1/12), *sextans* (2/12) *quadrans* (3/12), *triens* (4/12), *quincunx* (5/12), *semis* (6/12), *septunx* (7/12), *bes* (8/12), *dodrans* (9/12), *dextans* (10/12)*deunx* (11/12). Cod. civ. it. art. 870 e seg.

[4] Vedi *Parte Prima*, § 23. e più sotto § 195. Cod. Ci. it. art. 925.

[5] Vedi più sotto § 195-6.

[6] Vedi *Parte Prima*, § 11, pag. 72.

[7] Fr. 193 de R. I. " Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continue sub tempus mortis heredes exstitissent. „ Cf. fr. „ 4 de acq. v. omitt. hered. 29, 2. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 465. Cod. civ. it. art. 980 e seg.

cuni beni o diritti del defunto, [1] senza che lo rappresenti giuridicamente, senza continuare a sostenere la sua personalità giuridica. Di qui deriva, fra le altre cose, che il legatario non succede nei debiti del defunto, neppure allora che la cosa avuta in legato sia ipotecata a garanzia della loro soddisfazione. In tale ipotesi il legatario dovrà tollerare l'esercizio del diritto reale d'ipoteca, gravante la cosa legatagli, ma come peso della cosa, e non perchè personalmente obbligato a pagare il debito. [2]

## § 180.

### Delazione ed acquisto dell'eredità.

*Nozione.* — L'eredità è deferita ossia aperta (*delata*) quando alcuno è chiamato a raccoglierla, in guisa che stia in suo potere l'acquistarla: *Delata hereditas dicitur, quam quis possit adeundo consequi.* [3] Di regola l'eredità è aperta all'epoca della morte del defunto, ma può darsi che sia protratta ad un'epoca posteriore, sia perchè si tratti di un erede istituito sotto condizione, sia per altre ragioni che saranno indicate in seguito.

L'eredità è acquistata quando la persona cui è deferita la fa sua. In generale non si acquista l'eredità che mediante un atto di accettazione, ma in certi casi la si acquista di pien diritto, al momento stesso in cui è deferita. [4]

*Diverse specie di delazione.* — L'eredità è deferita per testamento o per legge. Vi sono adunque due specie di eredità, la testamentaria e la legittima. Non avvi altro modo di delazione; in ispecie l'eredità non può deferirsi per convenzione: le convenzioni relative ad una eredità futura sono generalmente proibite, come contrarie ai buoni costumi e risguardanti un oggetto che non ha esistenza giuridica. [5]

La eredità testamentaria viene in primo luogo, e solo quando essa manchi si apre la successione intestata o legittima. Le due

---

[1] Per es. una casa, un fondo, la mobilia di una abitazione, mille scudi, ecc.

[2] C. 2, 8 de hered. act. 4, 16; Fr. 16, § 3, fr. 17 de pignor. 20, 1. cf. fr. 84 § 2 de legat. II. — Cod. civ. art. 863, 925, 1027 e seg. Vedi Mackeldey § 634; Pacifici-Mazzoni, Istit. IV, n. 9.

[3] Fr. 151 de V. S. 50, 16.

[4] Vedi più sotto §. 198

[5] Fr. 1 de hered. vel act. vend. 18, 4; fr. 27 de acq. vel om. hered. 20, 2, cf. fr. 61 de V. O, 45, 1; C. 15, 30 de pact. 2. 3; c. 4 de inut. stip. 8, 39; Cod. civ. art. 954, 1118, 1380, 1460. In via di eccezione il diritto giustinianeo permette tali convenzioni quando hanno per oggetto l'eredità di un terzo e questi vi acconsente e persevera nella sua volontà fino alla morte. (c. 15, 30 de pact. 2, 3). Arndts-Serafini,, *Pandette* § 470.

specie di eredità non possono coesistere: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, il che significa che l'eredità non può essere in parte testamentaria e in parte intestata. [1] Da questa regola derivano due conseguenze importantissime:

1.° Se il testatore dispose soltanto di una parte della sua eredità, l'altra parte non spetta agli eredi legittimi, ma all'erede testamentario. [2]

2.° Se uno dei coeredi testamentari non accetta l'eredità la parte vacante spetta per diritto di accrescimento agli altri coeredi testamentari. [3]

*Requisiti della delazione.* — La delazione dell'eredità richiede:

1.° Che la persona della cui eredità si tratta sia morta (*hereditas viventis non datur*). [4]

2.° Che la persona chiamata all'eredità esista al momento della delazione, [5] e che sia capace di succedere.

Per diritto romano erano assolutamente incapaci di succedere:

1.° Gli eretici e gli apostati. [6]

2.° I peregrini. [7]

3.° I condannati ad una pena capitale. [8]

4.° I figli dei condannati per alto tradimento. [9]

5.° La vedova che si rimarita entro l'anno del lutto non può acquistare nulla per testamento o legato, e *ab intestato*

---

[1] Fr. 7 de R. I. 50. 17; Inst. 5 de her. inst. 2, 14. — Questa regola non si applicava all'eredità dei militari e nel diritto patrio non è ammessa per nulla: art. 720.

[2] § 5, 1. de her. inst. 2, 14; fr. 1 § 4 eod. 28, 5; fr. 41 § 8 de vulg. et pup. subst. 28, 6. — Tuttavia se il testatore, dopo avere disposto di una parte dell'eredità, avesse a dichiarare che l'altra parte sia devoluta ai parenti che sarebbero chiamati per legge, si avrebbe una istituzione tacita in loro favore.

[3] Vedi più sotto § 187.

[4] Fr. 27 de acq. vel om. her. 29, 2, fr. 1 de h. v. 18, 4.

[5] Se la delazione è posteriore alla morte del testatore, come avviene p. e. nel caso dell'istituzione di un erede sotto condizione sospensiva, l'erede deve esistere anche al momento della morte del testatore. È però da osservare che basta l'esistenza nel ventre materno (fr. 10 de ventre 37, 90; fr. 6, 7, 8, pr. de suis 38, 16; fr. 1 § 8 unde cogn. 38, 8; fr. 3 de bon. poss. sec. tab. 37, 11). Secondo alcuni, il principio, che il chiamato per poter succedere debba esistere almeno come nascituro all'epoca della morte *de cuius*, sarebbe stato abolito colla Nov. 118; ma quest'opinione è erronea (ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 471). Anche pel Cod. civ. it. sono incapaci di succedere coloro che al tempo dell'apertura della successione non sono ancora concepiti (art. 724), salva l'eccezione stabilita all'art, 764.

[6] C. 4, 5, 19 de hær. § 5; c. 3, 4 de apost. I, 7.

[7] Fr. 6 § 2 de hær. inst. 18, 5.

[8] Fr. 3, fr. 9, 1 de his 8 pro non script. 34, 8; fr. 13, pr. de bon. poss. 37, 1; c. 1 de her. inst. 6, 34.

[9] C. 5 ad leg. Iul. mai. 8, 9.

non può ereditare dai suoi parenti che sino al terzo grado soltanto. [1]

6.° Quanto alle persone giuridiche, il diritto romano concesse la capacità di succedere al fisco, alle comunità, alle chiese ed alle fondazioni pie, non alle altre corporazioni salvochè non l'avessero ottenuto per privilegio speciale. Da non confondersi colla incapacità di succedere è quella di ricevere per testamento (*incapacità*) e l'indegnità. [2]

## § 181.

### Hereditas e bonorum possessio. [3]

*Nozione.* — Il diritto di successione quale ne si presenta nella legislazione giustinianea e di cui abbiamo abbozzato i caratteri generali, proviene anch'esso come tanti altri istituti giuridici romani dalla fusione dello stretto diritto civile e del diritto pretorio; epperò è mestieri si risalga agli istituti che lo precedettero.

Il sistema di successione dell'antico diritto civile dicevasi *hereditas*, quello introdotto più tardi mercè l'azione del pretore *bonorum possessio*.

L'antico diritto civile era rigoroso, esclusivo e talvolta contrario all'equità, lo che appariva specialmente nella successione legittima: perchè le disposizioni delle XII Tavole in questa materia, fondate unicamente sulla organizzazione giuridica della famiglia romana, riuscivano molto di frequente a grandi ingiustizie. Così ad esempio le XII Tavole chiamavano a succedere prima gli *heredes sui*, vale a dire quelli ancor soggetti alla patria potestà del defunto, poi gli agnati ed infine i gentili: per la qual cosa i figli erano esclusi dalla eredità della loro madre ed i figli emancipati anche da quella del padre loro, sempre perchè non appartenevano alla famiglia agnatizia del defunto. Col progredire della civiltà e col mutar dei costumi si fece sentire il bisogno di una riforma, e la si ottenne infatti mediante l'istituto della *bonorum possessio*.

*Sviluppo storico della bonorum possessio.* — Come tutte le riforme pretorie in genere, così anche la *bonorum possessio* ebbe il triplice scopo di dichiarare, supplire e correggere il diritto civile.

---

[1] C. 1, 2 de sec. inst. 5, 9; nov. 12, c. 23.

ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 471. Vedi nell'Archivio giuridico la memoria del BIANCHI sulla capacità di succedere degli istituti di beneficenza secondo la legislazione italiana (XIII, 427-444).

[3] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 466 e seg.

Dapprima il pretore intese semplicemente manifestare in qual modo egli avrebbe regolato il possesso qualora vi fossero stati più pretendenti all'eredità. Perchè, come nelle controversie circa la proprietà, era mestieri conoscere anzitutto chi dovesse essere il possessore durante la lite, e quindi sostenere come tale la parte comoda di convenuto, e chi invece avesse a sopportare quella più gravosa di attore, così anche nel giudizio di petizione d'eredità era pure necessario stabilire chi avrebbe posseduto l'eredità durante la lite. Il pretore accordava questo possesso a chi avesse presentato un testamento valido nella sua forma esterna (*tabulæ septem signis signatæ*) e, in mancanza, a chi era chiamato a succedere per legge civile (*heredes legitimi*); e di qui veniva che chiunque avesse conseguito per tale via il possesso dei beni, potesse valersi quale rappresentante interinale del defunto dell'interdictum *quorum bonorum* e delle *actiones fictitiæ*, rimettendo al giudizio di petizione dell'eredità il decidere quale dei due litiganti fosse il vero erede. Poteva darsi che tale decisione combinasse con quella presa provvisoriamente dal pretore, vale a dire che fosse riconosciuto erede il possessore interinale, ma poteva avvenire del pari che questi avesse a soccombere nella lite dinanzi all'altro, che stante la disposizione del pretore era stato costretto a fungere da attore nella *petitio hereditatis*, e così è chiaro come la *bonorum possessio* nella sua prima origine (*bonorum possessio secundum tabulas et unde legitimi*) si riducesse in fin dei conti ad una mera concessione del possesso interinale dei beni ereditarî. Solo in un caso la *bonorum possessio* poteva procacciare i vantaggi della eredità a chi non fosse stato erede per diritto civile, quando cioè l'avversario, sapendo non essere il vero erede, non continuava il giudizio di petizione dell'eredità.

Col tempo la *bonorum possessio* costituì un vero diritto ereditario: perchè mancando eredi civili il pretore chiamava a succedere i parenti prossimi, e quando non esistessero neppur questi, il coniuge superstite (*bonorum possessio unde cognati et unde vir et uxor*). Queste persone non erano più semplici possessori interinali dei beni ereditarî, ma ne venivano considerati veri padroni, appunto perchè non v'aveano eredi civili che potessero contrastare loro la eredità. Per tal modo mentre la *bonorum possessio secundum tabulas et unde legitimi* era stata introdotta in aiuto del diritto civile (*iuris civilis adiuvandi gratia*), questa *unde cognati et unde vir et uxor* valse a supplire al diritto stesso (*iuris civilis supplendi gratia*).

Da ultimo nell'epoca imperiale, fattasi più sentita la rigidezza del diritto civile, l'istituto pretorio della *bonorum possessio* procedette nel suo cammino ed accolse principî apertamente contrarî a quelli del diritto civile. Il pretore stabilì due nuove specie di *bonorum possessio*, l'una a favore di quelli ingiustamente esclusi dall'eredità per testamento (*bonorum possessio contra tabulas*) e l'altra a favore dei figli emancipati, cui il diritto civile contro ogni principio d'equità aveva esclusi dal succedere preferendo loro persone unite al defunto dai vincoli civili dell'agnazione (*bonorum possessio unde liberi*). Così il pretore, concedendo il possesso dei beni a persone escluse dal diritto civile tuttochè esistessero eredi legittimi, modificò profondamente il sistema del ius civile (*juris civilis corrigendi gratia*); e riassumendo vediamo come la *bonorum possessio*, trovata dapprima ad aiutare il diritto civile, passò poi a colmarne le lacune, per giungere da ultimo a correggerne completamente il rigore eccessivo. In seguito anche la *bonorum possessio secundum tabulas* subì modificazioni importanti; ma di esse in luogo più opportuno.

*Differenze fra l'hereditas e la bonorum possessio.* — Dalle cose dette fin qui è facile dedurre quali differenze intercedano fra i due sistemi di successione che precessero quello accolto da Giustiniano: essi infatti differivano:

1° Quanto alle persone chiamate a succedere;

2° Quanto alla maniera d'acquisto;

3° Quanto all'efficacia dell'acquisto stesso.

1° *Quanto alle persone.* — La legge civile fondava tutto il suo sistema di successione intestata sulla parentela civile, sulla agnazione, sì che, giusta le sue norme, soli gli agnati raccoglievano la successione legittima; il pretore invece chiamò anche i cognati ossia quelli stretti al defunto da vincoli di sangue. Quanto alla successione testamentaria, il diritto civile richiedeva forme più solenni che non fossero quelle volute poi dal diritto pretorio.

2° *Quanto al modo d'acquisto.* — La *bonorum possessio* non si acquistava mai di pien diritto, ma doveva essere domandata al magistrato entro un breve lasso di tempo; l'*hereditas* invece si acquistava talvolta di pien diritto e sempre bastava una semplice dichiarazione di volontà non soggetta ad alcun termine.

3° *Quanto agli effetti.* — L'erede civile avea la proprietà *quiritaria* dei beni ereditarî, il *bonorum possessor* soltanto la *bonitaria*; quello acquistava i crediti del defunto direttamente, questo invece

solo indirettamente mediante *actiones utiles*. Sotto un certo aspetto però, la *bonorum possessio* poteva avere efficacia maggiore della hereditas, inquantochè il *bonorum possessor* avea l' interdetto *quorum bonorum* con cui otteneva immediatamente il possesso effettivo degli oggetti ereditari, mentre l' erede civile non lo avea tranne che avesse chiesta ed ottenuta la *bonorum possessio*, appunto per essere immesso nel possesso dei beni ereditari.

*Collisione fra l' hereditas e la bonorum possessio.* — Fino a che la *bonorum possessio* contenne il suo ufficio ad aiutare ed a supplire il diritto civile non poteva darsi collisione fra essa e l' *hereditas;* ma condotta in processo di tempo a correggere il rigore eccessivo del gius civile, è naturale si dessero casi nei quali la contraddizione fosse aperta. Perciò se ad erede civile era chiamata la persona stessa favorita dal diritto pretorio nessuna difficoltà: essa oltre all' adire l' *hereditas* poteva chiedere ad un tempo la *bonorun possessio*, e così valersi non solo di tutte le azioni civili assicurategli da quella, ma eziandio dell' interdetto *quorum bonorum* concessogli da questa.[1] Ma se il diritto civile chiamava persona diversa da quella designata dal diritto pretorio, ne veniva che non potendo ambedue conseguire i vantaggi materiali ereditari, l' una o l'altra dovesse cedere; ma perchè tutte e due ritenevano sempre la loro qualità per i vantaggi eventuali che ne potessero derivare, così s' avea l' anomalia apparente di un *heres sine re* e di un *bonorum possessor cum re* e rispettivamente di un *heres cum re*, e di un *bonorum possessor sine re*. Ecco come andava la cosa: quando l' erede civile era costretto da una ragione qualunque a cedere rimpetto al *bonorum possessor*, esso avea nome di *heres sine re* e l'altro di *bonorum possessor cum re*; quando invece succedeva l' inverso, allora s' avea il *bonorum possessor sine re* e di contro l' *heres cum re.*

L' *hereditas sine re* e la *bonorum possessio sine re* non concedevano diritti illusori, come a prima giunta parrebbe; chè se l'erede civile *sine re* non poteva vincerla sul *bonorum possessor cum re*, avea però la *hereditatis petitio* contro ogni altro che si trovasse in possesso dei beni ereditari, e così il *bonorum possessor sine re*

[1] Se l'erede civile che poteva essere anche *bonorum possessor* non giovandosi di questa sua qualità adisce l' eredità e non chiede la *bonorum possessio*, il Pretore chiama il *bonorum possessor* susseguente; ma costui non può conseguire il possesso della sostanza ereditaria perchè ha di fronte l' *heres* fornito di un diritto migliore anche secondo il sistema pretorio.

avea l'interdetto *quorum bonorum* contro chiunque non fosse stato erede civile.

La difficoltà nasceva nel conflitto fra l'erede civile e il *bonorum possessor*, quando l'uno voleva agire contro l'altro. Nascendo tal conflitto valeva la regola che era preferito colui che nell'editto pretorio [1] occupava la classe superiore. [2]

*Della bonorum possessio nel diritto giustinianeo.* — Giustiniano fuse i due istituti della successione civile e di quella pretoria, ma non in modo completo. Nel diritto giustinianeo la eredità civile è il sistema prevalente, e nondimeno v'hanno casi in cui la *bonorum possessio* entra in via suppletoria, come vedremo a suo luogo.

## CAPO II.

### DELLA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA.

### § 182.

### Del testamento in generale.

Il giureconsulto Modestino definisce il testamento; « *testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit,* » [3] ma questa definizione è difettosa, in quanto che, identificando il testamento con qualunque dichiara-

---

[1] L' editto pretorio stabilì un ordine completo di successione, in cui era in apposito luogo deferita la *bonorum possessio* anche agli eredi civili.

La *bonorum possessio* era deferita nell'ordine seguente:

I. In primo luogo veniva la *bonorum possessio contra tabulas* in favore dei figli preteriti nel testamento;

II. In mancanza di figli preteriti, la *bonorum possessio* era deferita *secundum tabulas*, cioè secondo il testamento che fosse valido almeno per diritto pretorio.

III. In mancanza di testamento la *bonorum possessio* si deferiva *al intestato* nell'*ordine* seguente: 1 ai figli del defunto; 2 a quelli che erano chiamati dal diritto civile cioè agli agnati; 3 ai cognati, 4 al coniuge superstite.

[2] Da questa regola derivano le seguenti conseguenze.

1. Se il *bonorum possessor* occupa nell'editto un posto superiore a quello assegnato all'erede civile che gli contesti la successione, il *bonorum possessor* è preferito all'*heres*. Per conseguenza il *bonorum possessor* intenterà le azioni accordategli dall'editto contro l'erede civile come contro qualunque terzo; qualora l'erede civile lo convenisse colla *hereditatis petitio* egli può respingerla coll'*exceptio doli.* — Facendo alcuni casi pratici diremo che il figlio che ha ottenuto la *bonorum possessio contra tabulas* è preferito all'erede civile testamentario; l'erede che ottenne la *bonorum possessio secundum tabulas* è preferito all'erede civile intestato, e finalmente il figlio che ottenne la *bonorum possessio intestati* è preferito agli agnati ed ai cognati (Vedi la nota precedente).

2. Se, invece, l'erede civile occupa nell'editto un posto superiore, è *heres cum re* (sebbene non abbia fatto uso della facoltà accordatagli di chiedere la *bonorum possessio)* e il *bonorum possessor* è *sine re.*

[3] Fr. 1. qui test. 28. 1. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 483.

zione d'ultima volontà, non esprime il vero carattere pel quale il testamento si distingue dai codicilli, che è appunto l'istituzione di un erede.[1] Perciò noi definiremo il testamento: quella solenne dichiarazione di ultima volontà, con la quale si istituisce un erede.

Il testamento esige come condizione essenziale l'istituzione di un erede diretto, cioè la designazione di una persona chiamata senza intermediario a rappresentare il defunto nell'insieme dei suoi diritti e delle sue obbligazioni.[2]

Oltre alla istituzione d'erede il testamento può contenere altre disposizioni, come legati, fidecommissi, manumissioni, nomina di tutori e simili, che possono farsi anche per codicillo, e non costituiscono mai l'essenza del testamento.

Alla validità di questo si richiede il concorso delle seguenti condizioni:

1.° La capacità del testatore;

2.° L'osservanza delle forme prescritte;

3.° L'istituzione di un erede. Talvolta poi è necessario che il testatore prenda in considerazione certe persone fra i prossimi parenti.

## § 183.
### Capacità di testare.

La capacità di testare si chiama *testamenti factio*, ma i Romani chiamano così anche la capacità di essere istituiti eredi: di qui la distinzione che fanno i moderni tra testamentifazione *attiva* e *passiva*.

Qui ci occuperemo soltanto della testamentifazione attiva.

Due sono le condizioni che si richiedono per poter fare testamento, cioè la capacità di diritto (qualità civili) e la capacità di fatto (qualità naturali).

*Capacità di diritto.* — La capacità di diritto, come la capacità giuridica in generale, era in Roma collegata cogli *status liberta-*

[1] Fr. 20 de iure codicill. 29. 7: " Julianus ait, tabulas testamenti non intelligi, *quibus heres scriptus non est*, ut magis codicilli quam testamentum existimandæ sint. " Cf. C. 14 de test. 6. 23.

[2] § 34. I. de leg. 2, 20: " Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt, et ob id veluti caput et fundamentum intelligitur testamenti heredis institutio. " — Ulp. XXIV. 15: " Vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit. " — Fr. 1. § 3 de vulg. 28. 6: " nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. " — Tale requisito non è richiesto dal Cod. civ. ital. art. 759.

*tis, civitatis, familiæ*: [1] la capacità di testare era quindi ricusata agli schiavi, [2] ai peregrini, [3] ed ai figli di famiglia. [4] In alcuni casi la facoltà di testare era negata a titolo di pena.

*Capacità di fatto.* — È la capacità naturale di dichiarare la propria volontà. Essa mancava agli impuberi, agli alienati di mente (salvo in un lucido intervallo), ai prodighi cui era stata interdetta l'amministrazione dei beni, [5] ai sordo-muti dalla nascita, [6] e finalmente a tutti quelli che sono nell'impossibilità materiale di manifestare la propria volontà. [7]

Per determinare l'epoca nella quale il testatore deve essere capace, bisogna distinguere fra la capacità di *diritto* e la capacità di *fatto*. La prima deve esistere non solo all'epoca della fazione del testamento, ma ancora a quella della morte, dappoichè non è che a quest'ultimo istante che il testamento diventa immutabile: [8] la seconda invece non è richiesta che al momento della fazione del testamento. [9]

## § 184.

### Forme dei testamenti nel diritto antico.

Le più antiche forme di testare erano: *calatis comitiis*, *in procinctu*, *per æs et libram*. [10]

*Testamentum calatis comitiis.* — Il testatore dichiarava la sua

---

[1] Vedi *Parte Prima*, § 4, p. 41 e seguenti.

[2] Fr. 8. pr. § 4; fr. 11. 1; fr. 19 qui test. fac. poss. 28. 1. — Nondimeno i *servi publici* (schiavi del popolo Romano) potevano testare della metà del loro peculio (Ulp. XX. 16). — Circa ai prigionieri di guerra vedi *Parte Prima*, § 5. p. 44.

[3] Gai. I. 23; Ulp. XX. 14; fr. 8. § 1-3. test. 28, 1.

[4] Ulp. XX. 10, " *Filius familias nihil suum habet.* " Cf. fr. 6, 19, l. c. 28, 1. Riguardo al peculio castrense e quasi castrense i figli di famiglia erano considerati come padri di famiglia, e quindi su di esso potevano testare. Vedi più sopra § 169, p. 148. La legge toglieva, a titolo di pena, la facoltà di testare ad alcune persone, dette perciò *intestabiles* (Vedi Arndts-Serafini, *Pandette*, § 484; Windscheid III, § 539; Vangerow, *Pandette* II, § 428; De Crescenzio, *Sistema* II. § 236).

[5] Vedi su tuttociò *Parte Prima* § 9, e più sopra § 102.

[6] Nel diritto antico i sordi ed i muti erano colpiti d'incapacità assoluta (Ulp. XX. 13), ma nel diritto nuovo i sordi possono testare purchè dichiarino la loro volontà o a voce o in iscritto, ed i muti possono testare purchè sappiano scrivere (c. 10 qui test. 6. 22).

[7] C. 29 de test. 6. 24: " si talis est testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est. "

[8] Gai. II. 145; Ulp. XXIII. 4; § 4. Inst. 2. 17.

[9] § 2-4. Inst. 2. 12; fr. 6. § 1, fr. 18-20 § 4. D. 28. 1. — Cod. Civ. ital. art. 762 e 763.

[10] Gai. II. § 101; Ulp. XX, 2; Gell. XV. 27: Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus, unum quod calatis comitiis in populi concione fieret, alterum in procinctu cum viri ad prœlium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiæ mancipationem. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 485 e seg.

volontà innanzi al popolo convocato a tal fine nei comizî due volte ogni anno.

*Testamentum in procinctu.* — Il testatore dichiarava la sua ultima volontà innanzi all'esercito schierato in ordine di battaglia armato e parato a combattere. L'esercito in tempo di guerra equivaleva appunto ai comizi in tempo di pace.

*Testamentum per æs et libram.* — Il testatore riuniva cinque cittadini romani puberi, un libripende e la persona che voleva istituire erede. A quest'ultima egli mancipava il suo patrimonio: di qui il nome di *familiæ emtor.* Questo compratore era considerato come erede, epperò il testatore commetteva a lui come tale le sue ultime volontà.[1] Più tardi la *mancipatio familiæ* fu ridotta ad una mera formalità, e il nome dell'erede figurava nelle tavole testamentarie. Il testatore cioè dichiarava al *familiæ emtor,* in presenza dei testimoni e del libripende, ch'egli disponeva de' suoi beni secondo il tenore delle tavole ch'egli presentava. Questa dichiarazione chiamavasi *nuncupatio testamenti.*[2] Il testamento *per æs et libram* nella sua ultima forma si componeva adunque di due parti, cioè di una vendita solenne e fittizia (*imaginaria familiæ mancipatio*) e della dichiarazione di testare in modo conforme alle tavole presentate (*nuncupatio testamenti*). In seguito, andata in disuso la formalità della *mancipatio* ed ammessa la facoltà di testare verbalmente soltanto, la forma valida di testare si ridusse alla *mancipatio*, fatta avanti sette testimoni, i quali ricordavano i cinque testi voluti anticamente, il *libripende* ed il *familiæ emtor* che, non avendo più funzioni speciali da compiere dopo l'omissione della *mancipatio* erano passati a sostenere le parti di testimoni. Di qui l'origine del testamento nuncupativo od orale.

*Testamento pretorio.* — Dallato al testamento *per æs et libram* il pretore ne creò uno con forme più semplici. Esso concedeva la *bonorum possessio secundum tabulas* a chi fosse stato istituito erede in un testamento redatto alla presenza di sette testimoni.

---

[1] GAI. II. 103; " Olim familiæ emtor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator quid cuique post mortem suam dari vellet. "

[2] ULP. XX § 9: In testamento quod per æs et libram fit, duæ res aguntur, familiæ mancipatio et nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum: tabulas testamenti testator tenens ita dicit. " *Hæc ut in his tabulis cerisve scripta sunt, ida do, ita lego, ita testor; itaque vos quirites testimonium præbitote.* Quæ nuncupatio et testatio vocatur.

Una tale *bonorum possessio* fu sempre infino a Marco Aurelio, *sine re*, ossia il testamento pretorio non poteva avere efficacia che in mancanza di ogni erede civile testamentario o intestato; ma questo imperatore ordinò che l'erede per simil guisa istituito, ottenuta una volta la *bonorum possessio*, potesse difendersi con l'eccezione di dolo contro quegli eredi civili che rivendicassero l'eredità *ab intestato.* Se non che a quell'epoca e più tardi ancora ei non avea la medesima eccezione contro gli eredi civili testamentari, chè il testamento fatto giusta le forme civili vincea quello permesso dal pretore, e così per molto tempo i due testamenti civile e pretorio continuarono a sussistere insieme. In appresso le costituzioni imperiali fusero queste due forme e ne composero una nuova fornita di modalità provenienti da tre fonti diverse, quali erano appunto il diritto civile, il diritto pretorio e le costituzioni imperiali.

## § 185.
### Forme dei testamenti nel diritto giustinianeo.

*Testamenti pubblici.* — Il testamento pubblico può farsi e per iscritto od a voce: per iscritto, consegnandolo al principe perchè venga depositato negli archivi imperiali; [1] a voce, facendo una dichiarazione davanti al magistrato che la redige a protocollo. [2]

*Testamenti privati.* — Anche i testamenti privati possono essere scritti o verbali; ma comunque fatti essi debbono essere forniti dei requisiti seguenti:

1.° Essi debbono essere fatti avanti sette testimoni [3] idonei [4] invitati a bella posta, o per lo meno avvertiti dell'atto cui debbono assistere. [5] Inidonei sono tutti coloro che non hanno la capacità di testare e di più le donne, i muti, i sordi, i ciechi. [6] S'intende di per sè che non possono essere annoverati fra i testimoni nè il testatore, nè l'erede, nè quelli infine che formano parte della loro famiglia civile; [7]

2.° Il testamento deve avere unità di contesto, ossia tutto l'atto deve essere compiuto senza interruzione grave alla pre-

[1] C. 19 Cod. de test. ord. 6, 23.
[2] C. 18 Cod. eod. 6. 23.
[3] Fr. 22. D. qui test. fac. poss. 28, 1.
[4] Fr. 20. § 10. D. eod 28. 1.
[5] § 1 . . . 3. I. h. t. 2. 10.
[6] Fr. 20. § 4, fr. 18 e 26 D. h. t. 78, 1. § 6. I. h. t. 2. 10.
[7] Fr. 50. pr. D. h. t. 28, 1; § 10. I. h. t. 2-10.

senza dei sette testimoni già detti i quali debbono assistere insieme liberamente a tutto l'atto [1] in modo da poter vedere il testatore. Queste due condizioni sono comuni ai testamenti scritti ed agli orali, ma ve n'hanno altre proprie all'una od all'altra forma, per la differenza appunto che corre fra un atto scritto ed uno semplicemente orale. Così trattandosi di testamento nuncupativo è necessario che il testatore manifesti la sua volontà ai testimoni in modo chiaro ed intelligibile. [2] Pel testamento scritto invece, si richiede o che il testatore dopo averlo scritto di proprio pugno (olografo) lo faccia riconoscere come suo e sottoscrivere dai sette testimoni, ciascuno dei quali apponga un suggello dallato alla propria firma, oppure se è scritto da altri il testatore deve sottoscriverlo avanti ai sette testimoni i quali pure v'aggiungono e firma *(subscriptio)* e suggello *(signatio)*. Se il testatore non può o non sa scrivere e vuol lasciare un testamento scritto s'aggiunge in sua vece un ottavo testimonio che sottoscriva per lui. [3]

## § 186.

### Forme straordinarie dei testamenti.

V'hanno casi nei quali non è possibile osservare tutte le formalità di che siamo venuti discorrendo, ed in essi la legge si mostra meno rigorosa riconoscendo valido il testamento, comecchè non compiuto con le solennità richieste nei casi ordinari. Questo beneficio è accordato o riguardo alla persona del testatore, o riguardo al luogo in cui si testa, o riguardo al contenuto del testamento.

1.° *Riguardo alla persona del testatore.* — I militari *in procinctu* possono testare senza adempiere ad alcuna formalità; [4] basta che

---

[1] C. 21. § 2, C. 26. Cod. *h. t.* 6. 23; fr. 20 § 9, fr. 21 pr. D. *h. t.* 28. 1.

[2] C. 21. § 2, C. 26 Cod. *h. t.* 6. 23; fr. 20 § 9, fr. 21 pr. D. *h. t.* 78, 1. A provare che ciò sia avvenuto i testimoni possono prendere delle annotazioni scritte: possono fare un processo verbale, ed allora si ha un *testamentum nuncupativum in scripturam redactum* il quale non è altro che un mezzo di prova più sicuro.

[3] Anche pel testamento di un cieco si richiedono maggiori formalità. Un notaio od un ottavo testimonio deve ridurre in iscritto alla presenza dei testi la volontà loro manifestata dal testatore in modo piano ed intelligibile, oppure leggere ad essi le disposizioni fatte scrivere prima dal testatore, e dopo che questi le abbia confermate i testi dovranno sottoscrivere e suggellare il testamento. C. 8. Cod. 6, 22. Il Codice civile ital. riconosce due forme *ordinarie* di testamenti, l'olografo e il testamento per atto di notaio: quest'ultimo può essere pubblico o segreto (art. 774-788) — In tal guisa la legislazione italiana più non riconosce il testamento nuncupativo.

[4] V. Inst. de milit. test. 2, 11; D. de test. milit. 29, 1. C. de test. mil. 6 71.

in una maniera qualsiasi s' abbia certezza della loro volontà.[1] Testamento siffatto cessa d' esser valido immantinente se la necessità cui ha riguardo ha fine anch'essa mediante un congedo infamante, dura invece un anno se il congedo non è punto disonorevole.[2]

2° *Riguardo al luogo:*

a) Se il testamento è fatto ove infierisce la peste (*testamentum tempore pestis conditum*) od altro morbo epidemico, non è necessario che i testimoni assistano tutti contemporaneamente all' atto, salve del resto le altre formalità.[3]

b) Così pure al testamento fatto nel contado[4] (*testamentum ruri conditum*) bastano cinque testimoni, e se fra questi ve n'ha alcuno illetterato, gli altri sottoscrivono per lui, purchè esso ancora conosca il contenuto e possa affermarlo con giuramento dopo la morte del testatore.

3° *Riguardo al contenuto.* — Se uno testa a favore dei suoi figli o dei suoi nipoti (*testamentum parentis inter liberos*), è sufficiente all' uopo un testamento olografo in cui sia scritto il nome degli eredi propri, le porzioni ereditarie designate in lettere e la data dell' atto.[5] Con questa sorta di testamento non si può istituire erede un estraneo, e ove la istituzione sia stata fatta la si considera come non avvenuta, e neppure i legati compresi in esso sono validi, se non quando la disposizione che li contempla sia stata manifestata a testimoni in quel numero che si richiede nei casi ordinari.[6]

## § 187.

### Della istituzione dell' erede.

Ogni testamento ad esser tale deve contenere la istituzione di un erede[7] capace, non già d' acquistare per testamento

---

[1] Fr. 1. pr., fr. 36 pr., fr.40 pr. D. *h. t.* 29. 1; C. 15. Cod. *h. t.* 6, 71. C. 19 Cod. de pactis 2-3.

[2] § 3. Ist. *h. t.* 2, 11.; fr. 26. D. *h. t.* 29. 1. — Cod. civ. ital. art. 799-803.

[3] C. 8. Cod. de testam. 6, 23 — Cod. civ. ital. 788-790.

[4] C. 31 Cod. eod. 6, 3. — Il Codice civ. ital. non riconosce questa specie di testamento: sancisce invece disposizioni speciali pei testamenti fatti sul mare (art. 791-796).

[5] C. 21 § 3, Cod. eod. 6, 23; Nov. 107 cap. 1.

[6] Nov. 107. cap. 1.

[7] Fr. 1. § de vulg. subst. " Sine heredis instit. nihil in testamento scriptum valet. "

al momento in cui questo è compiuto,[1] ma sì di essere istituito.[2]

L'erede istituito deve essere designato in modo non dubbio[3] sia per nome sia per altre qualità a lui peculiari,[4] ed a rigore dovrebbe essere chiamato alla *eredità* o ad una parte ideale di essa (*pars quota*); nondimeno vale la istituzione ancora quando l'erede sia chiamato a succedere nella proprietà di un oggetto o di una somma determinata, ma come se non fosse stata fatta tale indicazione.[5]

L'erede può essere istituito puramente o sotto condizione,[6] non mai per un certo tempo o dopo un tempo determinato.[7]

Perciò fra le condizioni stesse alcune non sono permesse come le risolutive, poichè chi è erede una volta continua ad esser tale per sempre; altre invece si hanno per non apposte come le impossibili e le illecite.[8] Pendente la condizione sospensiva apposta ad un testamento anche la delazione della eredità è sospesa[9] e se si tratta di condizione potestativa negativa, ad es. *si in Capitolium (heres) non ascenderit*, siccome non si potrebbe essere

---

[1] Fr 62 pr. de her. inst. 28, 5: fr. 51-52 de legat. II.

[2] Non possono essere istituiti:

1° I peregrini;

2° Le persone condannate ad una pena capitale;

3° Gli eretici e gli apostati;

4° I figli e le figlie dei colpevoli d'alto tradimento;

5° Le persone incerte e le persone giuridiche. — Fra le persone incerte sono compresi anche i nascituri (*postumi*). Nel diritto novissimo non possono essere istituiti eredi i non concepiti alla morte del testatore. Fra le persone giuridiche soltanto i municipî e le chiese possono essere istituite eredi, le altre acquistano legati. — Il Codice civ. ital. ammette l'istituzione dei figli immediati di una determinata persona vivente alla morte del testatore quantunque non ancora concepiti (art. 764).

[3] Fr. 8 § 9 de hered. inst. 28, 5.

[4] Fr. 9 § 8 de H. I. 28, 5. Il testatore potrebbe anche richiamarsi ad un documento in cui fosse espresso il nome di chi vuole istituire *(istitutio mystica)* Fr. 26, 77. de. H. I, 28, 5; fr. 12, de bon. poss. sec. tab. 37, 11. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 490, 491 e seg.

[5] Fr. 29 ad Senat. Trebell. 36, 1. " licet in eo *(testamento)* certarum rerum heres scriptus sit, perinde valere, ac si rerum mentio facta non esset. " — Sulla heredis institutio ex re certa vedi PADELLETTI nell'*Archivio Giuridico* (IV, 139-165, 343-386).

[6] D. de condit. institutionum, 28, 7. L'istituzione non può farsi dipendere dal mero arbitrio altrui, ma può essere validamente sottoposta alla condizione che un altro faccia qualche cosa che dipende dalla sua volontà, come p. e. Tizio sia mio erede, se Mevio monterà in Campidoglio. (Vedi la mia dissertazione nell'*Archivio Giuridico*, vol. IV. p. (166-185).

[7] § 9. Inst. h. t. Fr. 34 de her. inst. 28, 5.

[8] § 10 I. h. t. 2. 14: fr. 1, 6, 9, 14, 15 D. cond. instit. 28, 7; fr. 45. h. t. 28, 5.

[9] L'erede in tal caso poteva ottenere la *bonorum possessio* dando però cauzione di restituire l'eredità a chi di dovere qualora la condizione venisse a mancare, fr. 5 pr., pr. 6, 10, 12 de bon. poss. 37, 11.

sicuri del suo adempimento se non dopo la morte di colui cui è imposta e quindi l'eredità non sarebbe mai trasmessa, la delazione ha luogo sotto una cauzione che dal nome di chi la trovò fu detta *cautio Muciana.* [1] La istituzione può essere fatta eziandio *sub modo* ed in tal caso l'erede deve adempiere, per quanto è in lui, al-l'onere impostogli dal testatore. [2]

Il testatore può istituire ancora più eredi diretti e distribuire fra essi a suo piacimento l'eredità. Se egli non assegna parti, si intende che gli eredi succedano in porzioni eguali, ma anche in tal caso può darsi che ad alcuno tocchi una parte maggiore, come ad esempio quando il testatore avesse chiamati gli altri insieme di fronte a lui nominato in proposizione separata. [3] Se chi testa assegna espressamente le parti, può avvenire che queste sommate assieme non corrispondano all'asse ereditario. Qui possono verificarsi tre combinazioni: 1° Le parti riunite non costituiscono l'asse ereditario. In tal caso, è naturale, si procede ad un accrescimento proporzionale di ciascuna parte [4] 2° Le parti sommate sorpassano l'asse ereditario; in tal caso si fa luogo ad una proporzionale diminuzione di ognuna di esse. [5] 3° Il testatore assegna le parti ad alcuni eredi, ad altri no: in tal caso i secondi acquistano ciò che resta dell'asse dopo che sono state detratte le parti assegnate; [6] ma se nulla rimane, si suppone divisa l'eredità non in oncie, come comunemente avviene, ma in sottomultipli di oncie, ossia in 24 oncie, *dupondium*, in 36, *tripondium* e così via. [7]

---

[1] Fr. 7. 18 D. de cond. et dem. 35, 1; fr. 72 § 2. fr. 73, 79, 101. § 3, eod.

[2] Fr. 9, § 13, fr. 10 § 11. D. eod. 28, 5.

[3] Ad es. " TITIUS HERES ESTO, MAEVIUS ET CAIUS HEREDES SUNTO: " in tal caso Tizio prenderebbe una metà e l'altra andrebbe divisa fra Mevio e Caio.

[4] Supponiamo p. e. che il testatore abbia chiamato tre eredi assegnando a ciascuno un quadrante ossia tre oncie dell'asse ereditario: tre quadranti formano un *dodrante* vale a dire 9/12 del tutto, epperò a raggiungere l'intero si distribuiranno fra i tre eredi le tre oncie che rimangono a raggiungere l'intiero dando un'oncia per ciascuno. Se invece fossero stati istituiti due eredi, l'uno per tre oncie, l'altro per sei (*semis*), il primo avrebbe un'oncia delle tre che rimangono, il secondo due.

[5] Ad esempio: *Tizio abbia tre oncie, Caio sei oncie, Mevio abbia pure sei oncie.* Qui in luogo di dodici oncie il testatore ha disposto di quindici: perciò giusta il principio suenunciato debbonsi detrarre tre oncie, ma in modo che la proporzione fra gli eredi rimanga inalterata: onde Tizio che avea conseguita la metà di quel che Mevio e Caio (3: 6 = 1: 2) avrà *un quinto* in luogo d'*un quarto* e gli altri *due quinti* per ciascuno in luogo di *due quarti.*

[6] Ad es.: " Tizio abbia cinque oncie, Caio sei, e Sempronio ancora sia erede. " Sempronio avrebbe un'oncia.

[7] Ad es.: " Tizio abbia sei oncie, Caio sei oncie, e Sempronio sia erede. " Diviso l'asse in 24 oncie. Tizio ne ha sei (1/4), Caio pure sei (1/4) e Sempronio il resto (cioè 1/2).

## § 188.
### Delle sostituzioni.

La sostituzione è l'istituzione di un erede in luogo del primo istituito che per una ragione qualsiasi non voglia o non possa raccogliere l'eredità o non giunga a trasmetterla per testamento. Essa è di tre specie: volgare, pupillare e quasi pupillare.

*Sostituzione volgare.* — La sostituzione volgare è l'istituzione di un secondo erede in luogo del primo mancante. [1] Chi può fare testamento può fare eziandio una sostituzione volgare e può essere istituito erede. Il testatore può sostituire al secondo erede un terzo, a questo un quarto e così via; ma il sostituto, qualunque sia il suo grado, non può mai acquistare l'eredità se non quando manchi chi si trova avanti di lui nell'ordine designato dal testatore; e quando ciò avvenga, il sostituto al sostituto è considerato come sostituto direttamente all'erede primo, ancorchè occupi un grado assai remoto. [2]

*Sostituzione pupillare.* — La sostituzione pupillare è quella disposizione con cui il padre di famiglia, dopo aver nominato un erede a sè stesso, istituisce un erede diretto al figliuolo impubere soggetto alla sua patria potestà immediata pel caso che questi muoia prima di essere giunto alla pubertà e quindi prima che sia in grado di testare. Il padre di famiglia ha questo diritto in virtù della sua potestà patria, [3] e siccome la volontà sua si sostituisce a quella del figliuolo pupillo, così l'atto dicesi *sostituzione pupillare*, mentre è vera istituzione e colui che vien chiamato succede al pupillo e non al padre. [4] La sostituzione pupillare può com-

---

[1] La sostituzione volgare è una istituzione condizionata. L'eredità viene deferita al sostituto solo quando è certo che il primo chiamato non diviene erede. Per conseguenza se il sostituto muore prima, egli non trasmette il suo diritto a' suoi eredi. L. un. Cod. de cad. toll., 6, 51; L. 59. §. 6. Dig. de hered. inst. 28, 5; L. 23; L. 45. §. 1. D. de vulg. 28, 6, D. de suis 38. 16 (ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 496; WINDSCHEID *Pandette.* § 554). Cf. Cod. civ. it. art. 853.

[2] " *Substitutus substituto est substitutus instituto* " Anche gli eredi istituiti possono essere l'un l'altro sostituiti e ciò costituisce la cosidetta *substitutio reciproca* o *mutua*. (Vedi fr. 64 D. de leg. II; ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 496).

[3] Perciò non l'avea la madre.

[4] BARON (*Pand.* § 403) spiega la dizione di sostituzione pupillare dicendo come di solito il figlio pupillo fosse istituito erede nel testamento paterno e l'altro chiamato a succedere al pupillo fosse di regola secondo erede nel testamento stesso. Questo è piuttosto un caso in cui la sostituzione pupillare e la volgare collimano, come, ad esempio, se fosse detto: " *Titius filius meus mihi heres esto, si filius meus mihi heres non erit sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit (idest pubes factus sit) tunc Seius heres esto.* " Ma siccome la sostituzione pupillare poteva farsi anco per atto separato, così è chiaro che l'opinione di BARON è troppo ristretta.

binare con la volgare; ossia uno stesso individuo può essere istituito erede al figlio pel caso che muoia impubere, ed essere ancora sostituito volgarmente al figlio medesimo che sia istituito erede nel testamento paterno.[1] La sostituzione s'estingue nei casi seguenti:

*a*) quando il figlio muore prima del padre, od essendo questi in vita esce dalla sua potestà;[2]

*b*) quando alla morte del testatore cade sotto la potestà d'un terzo;[3]

*c*) quando il figliuolo raggiunge la pubertà;[4]

*d*) quando il testamento del padre perde la sua validità.[5]

*Sostituzione quasi-pupillare.* — Ad esempio della sostituzione pupillare fu introdotta la sostituzione quasi-pupillare (ossia esemplare) cioè quella che un ascendente paterno o materno fa al suo discendente mentecatto o furioso pel caso che questi muoia in istato di pazzia. La sostituzione quasi pupillare differisce dalla pupillare in ciò ch'essa non si fonda sulla patria potestà.[7] Di più se il demente ha dei figli, il sostituente deve chiamarne all'eredità almeno uno: ed infine il sostituto pupillare non succede in tutto il patrimonio del demente, ma solo in quella parte lasciata a questo dal sostituente.[8]

## § 189.

### Invalidità dei testamenti.

Un testamento, ancorchè fornito dei requisiti estrinseci che siamo venuti discorrendo, può essere inefficace sia per un vizio contemporaneo alla sua redazione, sia per un avvenimento veri-

---

[1] Vedi nota 2. Il sostituito pupillare di un impubere che sia sostituito esso pure ad un altro non è perciò sostituito anche a quest'ultimo; fr. 48. D. h. t. 28 6.

[2] Fr. 41. § 2. D. h. t. 28. 6.

[3] Fr. 2 pr. eod.

[4] Fr. 14. D. h. t. 28. 6; § 8. I. h. t. 2. 16.

[5] Fr. 2. § 1., fr. 10. § 4, fr. 16. §1. h. t. 28. 6.

[6] Fr. 43. pr. D. h. t. 28. 6; C. Cod. h. t. 6. 26.; § 1. I. h. t. 2. 16.

[7] Perciò può farsi anche dalla madre od in genere da tutti quegli individui che debbono al demente la porzione legittima.

[8] Alcuni opinano che il sostituto pupillare acquisti tutto intero il patrimonio del pazzo. Ma come conciliare questa opinione coi risultati possibili della pratica, nel caso, ad esempio, che più ascendenti facciano contemporaneamente una simile sostituzione? Del resto posto il principio che ciascun ascendente in tanto può sostituire quasi pupillarmente, in quanto deve al discendente pazzo una porzione legittima, pare ne derivi che la sostituzione non debba avere effetto al di là di quello che ciascuno concede al suo discendente. — Il codice it. riconosce soltanto la sostituzione volgare: art. 895 e seg.

ficatosi in appresso. È nullo da principio (*nullum*, *iniustum*) quando manchi d'uno dei tre requisiti capitali, quali sono la capacità di testare nel disponente, la forma necessaria (*test. non iure factum*), la istituzione dell'erede. È rescindibile, ma sempre per un vizio esistente al tempo della redazione, quando sia stato fatto per errore o dietro violenza. Invece i testamenti validi in origine possono cessare di esserlo in tre modi: 1° Il testatore subisce una diminuzione di capo: per diritto civile il testamento diventa *irritum* ossia invalido abbenchè il testatore ricuperi lo stato primitivo, ma per diritto pretorio ha luogo la *bonorum possessio secundum tabulas:* [1] 2.° Il testatore non ha eredi: ciò può avvenire o perchè tutti gli eredi istituiti nel testamento vengono a mancare, o perchè non siasi verificata e non possa più verificarsi la condizione sotto cui erano istituiti, o perchè non possano o non vogliano acquistare l'eredità: in tal caso il testamento dicesi *destitutum seu desertum*; 3.° Da ultimo il testamento può essere *ruptum*, lo che avviene o per l'agnazione di un postumo, [2] o perchè il testatore muti di volontà e distrugga il testamento, o lo revochi o ne faccia uno nuovo che deroghi al primo. [4] Un caso particolare di invalidità è quello del testamento inofficioso di cui parleremo nel dire delle istituzioni necessarie. [5]

## CAPO III.

### SUCCESSIONE INTESTATA O LEGITTIMA

### § 190.

#### Cenni preliminari. [6]

La successione intestata o legittima ha luogo quando non esista testamento alcuno o ve ne abbia uno invalido. Essa riposa es-

---

[1] Questo è uno dei casi in cui la *bonorum possessio* è necessaria anche nel diritto nuovissimo: però la b. p. era di regola *sine re* tranne in tre combinazioni: 1.° che mancasse ogni erede intestato civile; 2.° che il *bonorum possessor* fosse egli stesso il prossimo erede intestato; 3.° che il testatore, dopo aver ricuperato la testamentifazione, avesse dichiarato espressamente di voler conservare quel suo testamento. (Fr. 11. § 2. de bon poss. sec. tab. 37-11.; VANGEROW *Pand.* II. § 458. 458. ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 501 e seg.).

[2] § 7. 8. I. de hered. quæ ab intest. 3. 1.; § 2. I. h. t. 2. 17.; fr. 1. in f. D. h. t. 283.

[3] Vedi più sotto § 195-7.

[4] La semplice revoca non ha effetto che quando è fatta davanti tre testimoni o davanti al tribunale e quando sieno trascorsi dieci anni dalla redazione del testamento.

[5] Vedi sotto § 196.

[6] Vedi ARDTS-SERAFINI, *Pand.* § 473 e seg. e quanto alla legislazione italiana vedi nell'*Archivio Giuridico* la dissertazione di SCANDIANI (V. 297-341; 418-45°; VI, 406-451).

senzialmente sovra una distinzione di classi fra i successibili: colui che appartiene ad una classe è sempre preferito ai membri delle classi susseguenti qualunque sia loro grado di parentela, cosicchè un parente di grado vicino può essere escluso da uno di grado più lontano. Così, ad esempio, se taluno muore lasciando la madre ed un nipote *ex filio*, questo parente in secondo grado al defunto è preferito a quella unita al defunto in primo grado. Quello che decide adunque è la priorità della classe: il grado non ha importanza che fra i membri della medesima classe.

Quando concorrono più parenti alla medesima eredità, la divisione può farsi in tre modi: *in capita*, *in stirpes*, *in lineas.*

*In capita.* — Di regola la divisione si fa per capi, vale a dire si fanno tante parti eguali quante sono le persone che hanno diritto a succedere: ognuna di queste porzioni dicesi quota virile.

*In stirpes.* — Talvolta la legge chiama all'eredità i discendenti di un successibile predefunto accordando loro unitamente la quota virile che avrebbe raccolto il loro autore se non fosse premorto salvo poi a suddividere fra loro per capi questa porzione comune, e ciò costituisce la divisione per stirpi. [1]

*In lineas.* — La divisione è per linee quando dell' eredità si fanno due porzioni in modo che l'una spetti agli ascendenti della linea paterna e l'altra a quelli della linea materna.

Nella successione intestata della legislazione romana si riscontrano cinque diverse sorgenti di diritto, e sono la legge decemvirale, l'editto pretorio, le costituzioni imperiali anteriori a Giustiniano, le costituzioni di Giustiniano prima delle novelle 118 e 127 e da ultimo le novelle 118 e 127.

## § 191.
### Sistema della legge decemvirale. [2]

Il sistema di successione legittima della legge decemvirale era fondato sulla organizzazione della famiglia romana alla quale serviva di base la patria potestà. La eredità veniva assegnata 1.° agli *heredes sui* 2.° agli *agnati*, 3.° ai *gentiles.* [3]

---

[1] Il Cod. civ. italiano (art. 729-735) parla in questo caso di un diritto di rappresentazione. La teoria della rappresentazione era stata immaginata da alcuni antichi interpreti del d. r., ma è rigettata giustamente da tutti i romanisti moderni.

[2] Noi ci limiteremo alle regole relative alla successione degli ingenui e non ci occuperemo di quella dei liberti.

[3] *Si intestatus moritur cui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto; si agnatus nec escit gentiles familiam habento* (Ulp. XXVI, 1).

*Heredes sui.* — Gli *heredes sui* erano quelle persone che alla morte del padre di famiglia si trovavano immediatamente sotto la sua potestà (*patria potestas* o *manus*), senza alcun'altra persona intermedia, e che perciò nel medesimo momento addivenivano di proprio diritto (*sui iuris*). [1] In caso di concorso fra più *heredes sui*, essi succedevano per capi se erano tutti di primo grado, per stirpi se erano di grado più lontano. [2]

*Agnati.* — In mancanza di *heredes sui*, l'eredità si deferiva agli agnati del defunto secondo la prossimità del grado, di maniera che il più vicino escludesse il più lontano, e la divisione si faceva per capi. [3] Giusta lo spirito della legge Voconia fu stabilito che le donne non venissero ammesse a succedere nella classe degli agnati, se non quando fossero sorelle del defunto (*consanguineæ*). [4]

*Gentiles.* — I gentili venivano chiamati in mancanza di agnati. E qui giova osservare che, siccome la legge decemvirale non ammetteva la successione dei gradi, ma delle classi, così se l'agnato più vicino rifiutava l'eredità, questa non era devoluta all'agnato più lontano, ma sibbene ai gentili. [5]

## § 192.
### Sistema del diritto pretorio.

Il sistema di successione della legge decemvirale, fondato in modo troppo assoluto ed esclusivo sul concetto dell'agnazione, dava luogo a grandi ingiustizie. Ne risultava per esempio che i figli emancipati erano esclusi dall'eredità del loro padre, perfino quando mancavano altri figli soggetti alla patria potestà del medesimo. Il pretore mitigò questa severità, organizzando la *bonorum possessio intestati* e stabilendo quattro classi di successibili, cioè: 1° i discendenti (*liberi*); 2° gli eredi chiamati dal diritto civile (*heredes legittimi*); 3° i cognati ossia i parenti del sangue (*cognati*), e 4° finalmente il conjuge superstite (*vir et uxor*). Ogni classe faceva l'oggetto di un capitolo speciale dell'Editto pretorio: di

[1] Gai. III. 2; *Collatio* XVI, 2, § 2-3. Essi si consideravano in vita del *paterfamilias* quasi come comproprietari dei beni paterni: morto il *paterfamilias* essi acquistavano la proprietà assoluta su quei beni: perchè non li acquistassero era necessario che il *paterfamilias* ne li avesse espressamente privati (Gai. II, 156). Vedi più avanti § 195.

[2] Gai. III, 8; Ulp. XXVI. 2.

[3] Gai. III. 11. 14 seg. Vedi *Parte Prima*, § 7.

[4] Gai. III. 23.

[5] Gai. III. 12. 22; Ulp. XXI. 5.

qui l'espressione di bonorum possessio *unde liberi*, *unde legittimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*.

*Unde liberi.* — La prima classe pretoria è quella dei figli (*liberi*). Essa è più estesa che la classe civile dei *sui*, dappoichè comprende anche quelli che avrebbero questa qualità se non fossero usciti dalla famiglia per emancipazione o per un altro modo che importi diminuzione di capo. Chiamando i figli emancipati insieme ai *sui*, il pretore corresse il rigore del diritto civile, e la *bonorum possessio* è una *b. p. cum re.* [1] Concorrendo più figli, la divisione si fa nello stesso modo stabilito dalla legge decemvirale per gli eredi *sui*, salva però questa modificazione. Se il defunto ha lasciato un figlio emancipato e dei figli di lui rimasti nella patria potestà dei loro avi, questi nipoti ex filio sono chiamati alla *bonorum possessio* unitamente al loro padre, di maniera però da prendere metà della porzione loro dovuta. Questa disposizione fu introdotta nell'editto da Salvio Giuliano, d'onde il nome di *clausola Juliani.* [2]

*Unde legittimi.* — In mancanza di figli (*liberi*), o se essi ripudiano la *bonorum possessio*, o trascurano di domandarla entro il termine prescritto, l'editto pretorio la deferisce agli eredi civili, cioè a quelli che sono chiamati dalla legge decemvirale, secondo l'ordine indicato nel paragrafo precedente. [3]

*Unde cognati.* — In mancanza delle prime due classi, il pretore accorda la *bonorum possessio* ai *cognati*, cioè ai parenti del defunto sino al sesto grado [4], senza distinguere fra agnati e cognati. Il parente più vicino esclude il più lontano, e quelli di grado eguale succedono per capi. Se viene a mancare uno dei parenti più vicini, la sua parte si accresce agli altri. Se tutti rifiutano la *bonorum possessio*, o tralasciano di chiederla nel termine stabilito, essa è deferita ai parenti del grado successivo, di guisa che in questa classe vi ha successione di gradi. I figli illegittimi succedono in questa classe alla loro madre e ai parenti materni.

---

[1] Gai. III. 26; Ulp. VXVIII. 8. V. più sopra § 181, pag. 179-180.

[2] Fr. 1. pr. § 1. 7. 11. de coniug. cum emanc. lib. 378. Senza questa disposizione di Salvio Giuliano si avrebbe l'ingiustizia che il figlio emancipato avrebbe diritto ad una porzione virile della succesione paterna nella qualità di figlio (*liber*) ed i suoi figli avrebbero diritto ad un'altra porzione nella loro qualità di *sui*.

[3] Più tardi questa disposizione fu estesa a tutte le persone chiamate all'eredità da senatoconsulti o da costituzioni imperiali (fr. 2. § 4. fr. 5. D. 38. 7).

[4] I figli nati *a sobrino vel sobrina* sono ammessi alla b. p., sebbene sieno parenti del settimo grado; ma tutti gli altri collaterali non sono ammessi al di là del sesto grado.

*Unde vir et uxor.* — In mancanza di parenti, il pretore accorda la *bonorum possessio* al coniuge superstite, purchè non sia divorziato.

## § 193.

### Riforme introdotte dai senatoconsulti Orfiziano e Tertulliano e da costituzioni imperiali.

*Senatoconsulto Orfiziano.* — Secondo la legge decemvirale i figli non erano chiamati alla successione della loro madre, a meno che questa non fosse *in manu mariti*, nel quale caso essi erano considerati come fratelli o sorelle e potevano succederle in qualità di agnati consanguinei. Secondo l'editto pretorio, essi non erano chiamati che nella classe dei cognati. Il senatoconsulto Orfiziano, decretato sotto Marco Aurelio, chiamò i figli e le figlie all'eredità della loro madre in preferenza a tutti gli agnati. In seguito questa disposizione fu estesa anche ai nipoti relativamente all'eredità della loro ava. [1]

*Senatoconsulto Tertulliano.* — Secondo la legge decemvirale, la madre non era chiamata all'eredità dei suoi figli, salvo che fosse *in manu mariti*, nel qual caso succedeva come *soror consanguinea.* [2] Secondo l'editto pretorio essa era chiamata nella classe dei *cognati* salvo che fosse *soror consanguinea*, nel qual caso era chiamata alla *bonorum possessio unde legittimi.* Il senatoconsulto Tertulliano, decretato sotto Adriano, chiamò la madre all'eredità dei suoi figli, semprechè questi non avessero lasciato nè figli, nè padre naturale (che potesse reclamare sia l'eredità come emancipatore, sia la *bonorum possessio*), nè fratelli consanguinei. [3] In mancanza di fratelli consanguinei la madre concorreva colle sorelle consanguinee, ed acquistava metà della successione; ed in mancanza di sorelle consanguinee, essa succedeva a preferenza di tutti gli altri parenti. Il diritto di successione stabilito in favore della madre dal senatoconsulto Tertulliano le apparteneva soltanto nel caso che avesse il *ius liberorum.* [4]

---

[1] Inst. de Sc. Orph. 3. 4.

[2] GAI. III, 24.

[3] ULP. XXVI. 8; Inst. de Sc. Tert. 3. 3.

[4] Era necessario che avesse avuto tre figli se era ingenua, e quattro se era liberta (Paul, R. S. 9; ULP. XXVI. 8). L'imperatore poteva dispensare la madre dal *ius liberorum*, e Giustiniano lo abolì completamente.

*Costituzioni imperiali.* — Dopo i senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano, alcune costituzioni imperiali apportarono ulteriori modificazioni alla successione intestata, sempre allo scopo di favorire i cognati. Per esse i *cognati* furono in gran parte assimilati agli *agnati*, e segnatamente i discendenti, i genitori, i fratelli e le sorelle, i nipoti e le nipoti; ma all'infuori di questi parenti, il principio dell'agnazione conservò tutto il suo vigore. Giustiniano, colle celebri Novelle 118 e 127, gli portò l'ultimo colpo, e stabilì un sistema nuovo e completo che passiamo ad esaminare.

## § 194.

### Successione intestata secondo le Novelle 118 e 127.

Giustiniano proclamò il principio assoluto che la successione intestata deve essere deferita ai parenti in questa loro qualità, senza alcuna preferenza a favore degli agnati. Egli stabilì le seguenti quattro classi di parenti. [1]

*Prima Classe.* — Nella prima classe sono chiamati i discendenti del defunto, senza riguardo al sesso, al grado di parentela e alla patria potestà. In questa classe dei discendenti la eredità si deferisce e si divide secondo questi due principî: 1° Se vi sono più discendenti (p. e. figli e figli dei figli), sono ammessi all'eredità tutti quelli che non sono esclusi da un discendente intermediario fra essi e il defunto; [2] 2° Concorrendo più discendenti, l'eredità si divide per capi se tutti appartengono al primo grado, e in caso contrario per stirpi. [3]

*Seconda Classe.* — In mancanza di discendenti succedono gli eredi della seconda classe, cioè gli ascendenti del defunto, i suoi

[1] La classe antecedente esclude la successiva. — In mancanza di parenti succede il coniuge superstite (Vedi più sotto a pag. 198). Il Cod. Civ. it. concorda sostanzialmente col diritto romano (art. 736-740).

[2] Per esempio: se taluno muore, lasciando un figlio che alla sua volta è padre di altri figli, questi non succedono, perchè sono esclusi dal loro padre tuttora vivente. Che se invece taluno lascia un figlio di primo grado ed alcuni nipoti, figli d'altro figlio predefunto, questi nipoti succedono essi pure, perchè fra essi e l'avo non c'è alcun discendente intermediario. Questo diritto dei nipoti di succedere in luogo del loro predefunto genitore suolsi chiamare diritto di rappresentazione, la quale espressione ha poi dato luogo ad equivoci. Creato il vocabolo se ne dedussero conseguenze del tutto erronee, come quella p. e. che i nipoti non succedono all'avo per diritto proprio, ma soltanto come eredi del loro genitore unitamente ai figli del medesimo.

[3] Per esempio: Il defunto lascia un figlio di primo grado, e tre nipoti, figli di una figlia predefunta. In questo caso i tre figli della figlia predefunta succedono per stirpi, vale a dire essi succedono in luogo della loro madre predefunta ed acquistano tutti insieme metà dell'eredità, e l'altra metà spetta al figlio di primo grado.

fratelli (e sorelle) bilaterali ed i loro discendenti di primo grado. Per determinare il modo secondo il quale l'eredità è deferita a questi eredi della seconda classe, bisogna fare le seguenti distinzioni:

1° Se il defunto non ha lasciato che ascendenti, il più vicino di grado esclude quelli di grado più lontano. Se esistono più ascendenti del medesimo grado e della medesima linea, essi succedono per capi: se appartengono a linee diverse, metà dell'eredità passa agli ascendenti paterni e l'altra metà agli ascendenti materni. In ciascuna linea la suddivisione si fa per capi.

2° Se il defunto ha lasciato non solo ascendenti, ma anche fratelli (o sorelle) bilaterali, questi ultimi concorrono cogli ascendenti del grado più prossimo, e la divisione si fa per capi.

3° Se il defunto ha lasciato degli ascendenti, dei fratelli (o sorelle) bilaterali, dei figli (o figlie) di fratelli (o sorelle) bilaterali predefunti, i nipoti (o le nipoti) prendono quella parte che sarebbe toccata al loro padre (od alla loro madre) qualora fosse vissuto.

4° Se il defunto non ha lasciato fratelli o sorelle, ma solo ascendenti e nipoti, questi ultimi sono a rigore esclusi dalla consuccessione, ma la giurisprudenza pratica, interpretando lo spirito della nov. 127, li ha ammessi. [1]

5° Se il defunto non ha lasciato ascendenti ma soltanto fratelli o sorelle, la divisione si fa per capi; e se esistono inoltre figli di fratelli (o sorelle) predefunti, la divisione si fa per stirpi.

6° Se il defunto ha lasciato soltanto nipoti, cioè figli o figlie di fratelli o sorelle, la divisione dell'eredità si fa per stirpi. [2]

*Terza classe.* — In mancanza di eredi della seconda classe succedono i fratelli e le sorelle unilaterali, ed i loro discendenti in primo grado in luogo del loro padre o della loro madre predefunti. Per la delazione e la divisione dell'eredità si seguono le norme stabilite riguardo ai fratelli e nipoti bilaterali.

*Quarta classe.* — Questa classe comprende tutti gli altri collaterali non contemplati nelle due classi precedenti, secondo la

[1] ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 477, nota 5.

[2] Questa almeno era l'opinione di Accursio, ed è stata propugnata anche da Dino, da Jacopo de Arenis, da Bartolo, da Angelo e da Paolo Castrense, da Alessandro da Imola e da molti altri. In quella vece, Azone, Rofredo, Butrigari, Saliceto, Jacopo de Belvisio e Ulrico Zasio sostennero che i nipoti succedendo soli dovessero dividere l'eredità per capi. In Germania la questione è stata risolta legislativamente in questo senso.

prossimità del grado. Se esistono più parenti del medesimo grado, la divisione dell' eredità si fa per capi. [1]

Le predette quattro classi stanno fra di loro in rapporto tale che i parenti della classe susseguente sono esclusi, finchè possono diventare eredi i parenti della classe precedente. [2] Quando poi risulta che nessun parente della classe chiamata diviene erede, allora si chiama la classe susseguente. Questa è la cosiddetta successione delle classi (*successio ordinum*). Inoltre nella medesima classe ha pure luogo una successione dei diversi gradi, detta *successio graduum*. [3] Quando nessuno di coloro, ai quali è deferita l' eredità come parenti prossimi, diviene erede, sono chiamati quelli del grado susseguente. [4]

*Successioni irregolari.* — 1° In mancanza di parenti capaci a succedere, il coniuge superstite, semprechè non sia divorziato, può domandare la *bonorum possessio unde vir et uxor.* [5] — 2° Alla vedova povera è concesso di succedere all' eredità del marito predefunto, anche in concorso dei parenti del medesimo. Se concorre con quattro o più discendenti del marito, essa ottiene una por-

---

[1] Delle suaccennate quattro classi si fecero i seguenti versi mnemonici
" *Descendens omnis succedit in ordine primo,*
*Ascendens propior, germanus, filius eius,*
*Tunc latere ex uno iunctus quoque filius eius,*
*Denique proximior relinquorum quisque superstes.* "

[2] Così un ascendente non può succedere fino a tanto che esiste un discendente che possa e voglia succedere; così pure se vi ha un ascendente od un fratello germano, non possono succedere i fratelli unilaterali; e questi escludono alla loro volta i cugini od altri parenti più lontani.

[3] La successione delle classi e dei gradi non aveva luogo nelle eredità del diritto civile antico nel quale valeva il principio che " *in legitimis hereditatibus successio non est.* " Vedi la nota 1 al § 478 di ARNDTS-SERAFINI, *Pandette.*

[4] L' applicazione del principio è facile quando vengono a mancare *tutte* le persone alle quali l' eredità è deferita in primo grado; e difatti mancando quelli di primo grado, succedono quelli di secondo grado. Ma la difficoltà si presenta quando soltanto alcuni dei chiamati non acquistano l' eredità. Si dovrà dire che anche in questo caso l'eredità non acquistata dai primi chiamati venga deferita a quelli di grado più lontano, o si dovrà invece deferire la parte dell' eredità dell' erede mancante agli eredi del medesimo grado, in virtù del diritto di accrescimento? Secondo noi, deve in tale ipotesi prevalere il diritto di accrescimento alla successione dei gradi. Così p. e. se Tizio muore lasciando padre, madre e l'avo paterno, e il padre ripudia l' eredità, la quota da lui ripudiata, anzichè deferirsi all' avo paterno (secondo i principî della successione dei gradi), andrà per diritto di accrescimento alla madre. E difatti, per sapere a chi sia deferita l'eredità, si deve guardare al momento della delazione. Chi al momento della delazione è escluso, rimane escluso se anche per avventura quel parente viene a mancare: egli non può pretendere ad una parte d' eredità che non fu deferita a lui, ma ad un altro. — Molti scrittori sono d' opinione contraria, come può vedersi in ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 518, nota 2.

[5] § 6 Inst. III, 9: Tit. Dig. 38, 11. Cod. VI, 18.

zione virile; e se concorre con un numero minore di discendenti o con altri parenti, riceve la quarta parte (*quarta uxoria*). Di regola essa acquista la proprietà della parte che le accorda la legge; ma se concorre con figli proprî, ne ottiene il solo usufrutto.[1] — 3° In mancanza di parenti e di coniuge superstite, l'eredità è talvolta deferita a certe corporazioni delle quali faceva parte il defunto.[2] — 4° In ultimo luogo viene il fisco.[3]

## CAPO IV.

### DELLE SUCCESSIONI NECESSARIE

### § 195.

**Della successione necessaria formale del diritto antico.**

La legge decemvirale accordava al padre di famiglia un potere illimitato di disporre delle sue sostanze, ma questo potere in progresso di tempo venne limitato dal diritto civile e dal pretorio.

*Diritto civile.* — Secondo il diritto civile, il testatore aveva l'obbligo di istituire o di diseredare gli *heredes sui*, quelli cioè che erano sotto la immediata sua patria potestà all'epoca in cui avea fatto il testamento. I figli maschi dovevano essere istituiti o diseredati nominatamente, cioè in modo speciale ed individuale (p. e. TITIUS FILIUS MEUS EXHERES ESTO). In caso di contravvenzione a questa regola, il testamento era nullo. Le figlie ed i nipoti potevano essere diseredati anche in modo collettivo (*inter cæteros*). In caso di preterizione delle figlie e dei nipoti, il testamento non era nullo, ma queste persone passate sotto silenzio avevano diritto di ottenere una porzione dell'eredità.[4]

Le regole precedenti si applicavano agli *heredes sui* esistenti all'epoca in cui era stato redatto il testamento, ma quanto ai figli postumi si seguivano principî diversi. Originariamente non si potevano nè istituire nè diseredare, perchè erano considerati come

---

[1] Nov. 53 c. 6; 6. § 2; Nov. 117 c. 5.

[2] Così le chiese ed i conventi ereditano dai loro chierici e monaci (c. 20 Cod. I 2 Nov. 5, c. 5; Nov. 131, c. 13); i collegi dei decurioni e le corporazioni dei barcaioli, degli armaioli ec. ereditano dai loro membri (c. 1, 3, 5. Cod. VI. 62); la legione dai soldati (fr. 6, § 7 Dig. 28, 3; c. 2. Cod. VI, 62).

[3] C. 1, 4, 5. Cod. de bon. vac. X, 10. — Cod. Civ. ital. art. 736-758. Sulla vocazione dello stato alle successioni intestate vedi Archivio Giuridico (V, 396-402).

[4] GAI. II, 123-127; ULP. XXII, 16-17. ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* art. 591 e seg. Il Codice Civ. ital. non riconosce la diseredazione, ma solo l'indegnità.

persone incerte; ma la sopravvenienza del postumo infirmava il testamento (*testamentum ruptum agnatione postumi)*, e questa regola fu poi estesa eziandio ai figli già nati all' epoca della confezione del testamento ma che cadevano più tardi sotto la patria potestà del testatore (*quasi-postumi*). Ad evitare i danni derivanti dalla rottura del testamento per l'agnazione dei postumi e quasi-postumi si introdussero i seguenti rimedi. 1° In origine il diritto civile permise di istituire o di diseredare i postumi che nascevano dopo la morte del testatore (*postumi legitimi*).[1] 2° Aquilio Gallo immaginò una formula, colla quale si potevano istituire o diseredare i figli del secondo grado (*postumi Aquiliani*).[2] 3° La legge Junia Velleia (dell' anno 763 dalla fondazione di Roma) permise di istituire o di diseredare i figli che nascevano vivente il padre dopo la confezione del testamento (*postumi Velleiani*).[3] 4° La medesima legge permise inoltre la diseredazione dei discendenti di secondo od ulterior grado pel caso ch' essi passassero sotto la potestà immediata del testatore (*quasi postumi Velleiani*). La legge non parlava della loro istituzione, poichè a questa nulla si opponeva, essendo quelle persone viventi e certe.[4]

*Diritto pretorio.* — Il diritto civile non imponeva l' obbligo di istituire o di diseredare i figli *emancipati*, perchè essendo usciti dalla patria potestà del testatore non erano più *heredes sui;* ma il Pretore, avendoli poi coll'editto *unde liberi* chiamati a succedere alla pari degli *heredes sui*, ordinò che tutti, senza distinzione di sesso, dovessero essere od istituiti o diseredati: i maschi *nominatim*, le femmine *inter cæteros:* ed ove non fossero nè istituiti nè diseredati nella maniera prescritta, il Pretore dava loro la *bonorum possessio contra tabulas.*[5] Questa *bonorum possessio contra tabulas* non rende nullo il testamento paterno, ma ne impedisce soltanto l'esecuzione. L' erede istituito conserva la sua qualità di *heres*, ma *sine re* ed i figli preteriti acquistavano la *bonorum possessio cum re* conformemente alle regole della successione intestata, coll'obbligo di soddisfare ai legati ed agli altri pesi imposti all' erede

---

[1] ULP. XXII, 19.

[2] Fr. 29 pr. § 1-4; Dig. 28, 2.

[3] ULP. XXII, 19; GAI. II, 134; fr. 29 § 11-12 D. 28, 2.

[4] GAI. II, 133; PAUL. III, 4, § 10. — L'ultima disposizione della legge Junia Velleia fu estesa anche ad altre persone, fuori dei discendenti, per l' eventualità di un rapporto di suità (ULP. XXIII, 2, 3. Vedi DOVERI II, § 664).

[5] GAI. II, 135; ULP. XXII, 23; XXVIII, 2; Inst. II, 13, § 3.

istituito.[1] Un rescritto di Marc' Aurelio limitò alla porzione ereditaria civile la *bonorum possessio* deferita alle femmine ed ai figli di secondo grado.[2]

*Riforma di Giustiniano anteriormente alla Novella 115.* — Tale era lo stato delle cose prima di Giustiniano, ma egli con una sua costituzione ridusse la legislazione a maggiore semplicità ed uniformità, tanto per i figli, quanto per le figlie e per gli altri discendenti di linea mascolina, sia che fossero nati, sia che fossero nascituri, ordinando che tutti, o fossero *sui* o *emancipati*, dovessero esser istituiti o diseredati nominatamente, in guisa che la loro preterizione producesse o la nullità assoluta del testamento e la successione intestata, od una *bonorum possessio contra tabulas* piena ed intiera, secondochè i preteriti erano *sui* od *emancipati*.[3]

## § 196.

### Della successione necessaria materiale, ossia della porzione legittima e del testamento inofficioso.

Nozioni preliminari. — L' obbligo di istituire o di diseredare i figli *sui* ed *emancipati*, del quale abbiamo trattato nel paragrafo precedente, non conteneva che una restrizione di mera forma pel testatore, e non lo privava punto del diritto di escluderli dalla successione. Così la posizione del testatore era tale che da un lato egli avrebbe potuto testare validamente sebbene non avesse lasciato nulla ai figli *sui* od *emancipati*, dall' altro invece pur lasciando loro qualche parte delle sue sostanze, ma senza impiegare la forma della istituzione di erede, egli non avrebbe preservato il testamento dalle conseguenze dalla preterizione. Perciò a lato di quell' obbligo formale di istituire o di diseredare i figli, si stabilì a poco a poco pel testatore un nuovo dovere, molto più favorevole pei suoi prossimi parenti, ai quali fu dato pretendere che il testatore lasciasse loro una porzione del suo patrimonio (*portio legitima*).

*Della legittima o porzione legittima.*[4] — La legittima è una por-

[1] Fr. 3, § 11; fr. 8, § 14; fr. 10, § 1 de b. p. c. t. 37, 4.

[2] Gai. II, 126. — Vedi nota 5 della pagina precedente.

[3] C. 4. Cod. de lib. praet vel exher. 6, 28.

[4] Le disposizioni del Cod. Civ. italiano relative alla porzione legittima furono da noi riassunte nella nota 4 al § 592 del *Trattato delle Pandette* di Arndts-Serafini e nella nota 3 del § 593.

zione dei beni di cui il testatore non può privare certe persone che sarebbero eredi anche *ab intestato*, salvochè non esista una giusta causa di diseredazione. La legittima non può essere domandata che nell'ordine nel quale si è chiamati alla successione intestata, dappoichè in ultima analisi essa non è che una frazione della parte che si avrebbe ricevuta *ab intestato*.

Le persone aventi diritto alla legittima, nell'ordine menzionato, sono i discendenti, gli ascendenti, ed i fratelli e le sorelle germani e consanguinei del defunto; i quali ultimi però hanno diritto alla legittima solamente quando il testatore abbia istituito una persona turpe.

Prima della Novella 18, la legittima consisteva nella quarta parte della porzione intestata (o meglio della porzione che sarebbe toccata nella successione *ab intestato*); mediante la Novella predetta Giustiniano dispose che lorquando la porzione intestata importasse almeno la quarta parte del patrimonio del defunto, la legittima dovesse essere della terza parte della porzione intestata, e negli altri casi della metà.

Per calcolare la porzione legittima, si deve formare una massa dei beni appartenenti al testatore all'epoca della sua morte, diffalcare le spese funerarie ed i debiti, e su quello che rimane si determina la legittima secondo la porzione a cui avrebbero diritto i legittimari nella successione *ab intestato*.

Il legittimario deve imputare nella sua porzione legittima tutto quello che ha ricevuto dal testatore a titolo di erede, di legatario, di fedecommessario o di donatario per causa di morte, e perfino ciò che ha ricevuto fra vivi a titolo di dote, di donazione a causa di matrimonio o per la compera di un impiego venale (*militia*). Le altre donazioni fra vivi non si imputano nella legittima, ammenochè non sieno state fatte sotto condizione di loro imputazione.

La legittima dev'essere lasciata puramente e semplicemente, senza alcuna restrizione. [1]

*Delle azioni spettanti ai legittimari.* — In caso di lesione della

---

[1] C. 32, 36, § 1 C. de inoff test. 3, 28. — Un giureconsulto del medio evo per nome *Socinus* ha inventato un espediente per gravare il legittimario (*cautela Socini*) Questo espediente consiste nel lasciare al legittimario, oltre la legittima, certi beni aggiungendo dei pesi alla liberalità. Il legittimario che accetta questa liberalità, deve naturalmente eseguire i pesi inerenti, ma egli può, se crede, ripudiare la liberalità per attenersi alla pura legittima.

legittima, i legittimari non avevano in origine che la *querela inofficiosi testamenti* la quale produceva la rescissione del testamento quindi la successione intestata: ma in seguito vennero concesse altre azioni, cioè la querela di inofficiosa donazione, l'azione suppletoria e la petizione di eredità, delle quali passiamo a trattare.

*Della petizione di eredità.* — Quest'azione compete soltanto a discendenti ed ascendenti del testatore che non hanno ricevuto nulla sulla loro legittima, [1] e tende ad ottenere tutta la porzione intestata e non soltanto la legittima. [2]

*Dell'azione suppletoria.* — Essa compete a tutti i legittimari, che hanno ricevuto meno della legittima, allo scopo di ottenere il supplemento. [3]

*Della querela d' inofficioso testamento.* — Nel diritto Giustinianeo questa querela non compete che ai fratelli ed alle sorelle che non hanno ricevuto nulla dal testatore. Con essa i legittimari preteriti fanno rescindere il testamento e ottengono tutta la porzione intestata. La giurisprudenza, nell'introdurre la querela di inofficiosità, partì dal punto di vista che, siccome il testatore non aveva lasciato nulla ad uno dei suoi più prossimi parenti, cioè al suo presuntivo erede intestato, così egli non aveva fatto il testamento, quale lo avrebbe fatto un uomo giusto in condizioni normali di mente (*hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent parentes*). [4] La querela di inofficiosità aveva qualche cosa di odioso, in causa appunto della finzione per cui si supponeva il testatore non sano di mente, e perciò fu giudicata con isfavore ed assoggettata alle seguenti restrizioni: 1° Essa è un'azione sussidiaria, vale a dire non è ammessa che in mancanza d'altro rimedio di legge; [5] 2° si prescrive nel breve termine di cinque anni; [6] 3° non si trasmette agli eredi; [7] 4° il

[1] Quest'azione non spetta ai fratelli (Nov. 115, c. 3).

[2] Nov. 115, c. 3 § 14, c. 4, § 9.

[3] C. 30 pr. § 1 de inoff. test. 3, 28. Pel Cod. Civ. it. vedi gli art. 821, 824 e 825. Cf. Arndts-Serafini, *Pandette* § 596. Nota 5.

[4] Pr. Inst. de inoff. test. 2, 18.

[5] Nov. 115 c. 3 § 14; fr. 8 § 9, 15 de inoff. test. 5, 2.

[6] Fr. 8, § 17; fr. 9 de inoff. test. 5, 2.

[7] Fr. 6, § 2; fr. 7 l. c. La legislazione italiana garantisce una quota di legitima ai discendenti, e in loro mancanza agli ascendenti: attribuisce pure un diritto irrevocabile sull'eredità ai figli naturali ed al coniuge superstite (art. 805-826). Sulla natura di questo diritto del coniuge vedi nell'*Archivio Giuridico* le memorie di Buscemi (VII, 53-59), Filomusi Guelfi (VIII, 217-230) e Frugoni (VIII, 527-537).

legittimario che soccombe nella querela d' inofficiosità perde le liberalità che il testamento contiene a suo favore. [1]

*Della querela d'inofficiosa donazione.* — Se il testatore ha leso la legittima con eccessive donazioni fra vivi, i legittimari possono chiedere la riduzione delle donazioni fino alla concorrenza della legittima. [2]

## § 197.

### Della successione necessaria nell'ultimo stadio del diritto romano.

*Novella 115.* — Giustiniano ordinò che il testatore non potesse limitarsi a lasciare ai discendenti ed agli ascendenti la porzione legittima, ma che, lasciando loro la legittima, li dovesse istituire in eredi, per cui un semplice legato o fedecommesso, per considerevole che fosse, sarebbe stato insufficiente. Egli decise inoltre che il testatore potesse privare della legittima i suoi discendenti ed ascendenti, purchè la diseredazione fosse fondata sopra una delle giuste cause enumerate nella Novella 115. [3] In caso di contravvenzione alle prescrizioni di detta Novella, i legittimari potevano chiedere la rescissione del testamento e quindi la loro parte di eredità *ab intestato* rimanendo intatte le altre disposizioni testamentarie.

Per tal modo Giustiniano abolì l'antica successione necessaria formale, ma lasciò intatto il sistema della legittima, con questa differenza che in luogo della *querela inofficiosi testamenti* fu concessa ai discendenti ed agli ascendenti la *petitio hereditatis*, e che furono esattamente determinate le cause di diseredazione.

*Riepilogo.* — I discendenti e gli ascendenti hanno diritto alla legittima per via di istituzione in eredi. Se furono bensì istituiti, ma non ebbero tutta intiera la legittima, possono pretendere il supplemento. Se invece hanno ricevuto la loro porzione legittima, ma senz' essere stati istituiti eredi, possono chiedere la rescissione del testamento e raccogliere l' eredità *ab intestato*. — Quanto ai fratelli e alle sorelle germani e consanguinei, essi hanno semplicemente diritto alla legittima.

---

[1] Fr. 8, § 14 l. c.

[2] Tit. Cod. III, 29.

[3] Queste cause sono quattordici pei discendenti ed otto per gli ascendenti. Gli scrittori sono discordi sulle conseguenze della violazione del diritto ereditario giusta la Nov. 115, ed in ispecie sul come avvenga l'invalidità dell' istituzione di erede e quindi a qual mezzo giuridico si debba ricorrere per far valere la successione contro il testamento. Sulle diverse opinioni vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 599, nota 1.

Se non hanno ricevuto nulla, possono colla *querela inofficiosi testamenti* chiedere la rescissione del testamento e la loro successione *ab intestato;* che se non hanno ricevuto la legittima completa, possono chiederne il supplemento.

## CAPO V.

### DELL' ACQUISTO DELL' EREDITÀ.

### § 198.

### Requisiti per l' acquisto dell' eredità civile.

Cenni preliminari. — In certi casi l'eredità si acquista di pien diritto, al momento stesso in cui è deferita. Di regola però l'acquisto dell' eredità richiede la manifestazione della volontà della persona chiamata alla successione. Si distinguono, sotto questo rapporto, tre classi di eredi, cioè *heredes necessarii*, *heredes sui et necessarii*, *heredes extranei vel voluntarii.*

*Heredes necessarii.* — Gli eredi *necessarii* sono gli schiavi istituiti dai loro padroni e manomessi in virtù del testamento; essi non possono ripudiare la eredità, la quale è loro acquisita di pien diritto, perfino a loro insaputa, al momento stesso in cui è aperta a loro favore. [1] Gli schiavi istituiti dai lóro padroni, ma manomessi prima della morte del testatore, non sono eredi necessari; essi ponno acquistare o rifiutare la eredità.

*Heredes sui et necessarii.* — Si chiamano eredi *sui et necessarii*, i figli soggetti alla patria potestà del *de cuius* al momento della sua morte. [2] Gli eredi *sui et necessarii* acquistano l' eredità di pien diritto, perfino a loro insaputa, e il diritto civile non permetteva loro di rinunciarvi. Il pretore modificò questo principio autorizzandoli a far uso del *beneficium abstinendi.* [3]

---

[1] Nel diritto antico il testatore doveva lasciare espressamente la libertà allo schiavo; nel diritto giustinianeo l' istituzione implica la libertà. Tale erede chiamasi *necessarius*, *quia, sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et heres est* (Gai. II, 153; § 1. Inst. de hered. qualit. et diff. 2, 14). — Arndts-Serafini, *Pandette* § 511.

[2] Nell'antico diritto erano comprese anche le donne *in manu mariti*, perchè erano *filiae vel neptis loco.*

[3] L' astensione dall' eredità fa sì che essa venga considerata come se il *suus* non fosse divenuto erede del padre, e per conseguenza che possano ottenerla i sostituiti, i coeredi e gli eredi intestati. Nulladimeno colui che si astiene, rigorosamente parlando, conserva il nome di erede, ed il testamento sussiste tuttora nelle disposizioni che all' erede non si riferiscono. Del resto l' *heres suus* dopo che si è astenuto dall' eredità può di nuovo accettarla, semprechè l' asse ereditario non sia stato venduto, soltanto però entro il termine di tre anni.

*Heredes extranei vel voluntarii.* — Gli eredi estranei sono quelli non soggetti alla potestà del defunto; essi si chiamano anche volontari, perchè non acquistano l' eredità se non in seguito alla loro accettazione.[1]

Accettazione dell' eredità. — L'accettazione dell'eredità può essere espressa o tacita: l'accettazione espressa chiamasi *hereditatis aditio*,[2] la tacita *pro herede gestio.*[3] Nel diritto antico l' erede poteva venire istituito *cum cretione:*[4] in tal caso egli doveva manifestare in modo solenne e dentro un certo termine[5] la sua intenzione di acquistare l' eredità, sotto pena di decadenza.[6]

Rinuncia all' eredità. — L' erede volontario può rinunciare all' eredità, e questa rinuncia può essere espressa o tacita: *espressa* se l' erede dichiara la sua volontà in modo formale; *tacita*, se fa atti tali che suppongono necessariamente la sua intenzione di rinunciare. Per poter rinunciare bisogna potere accettare: la rinuncia adunque non è valida, se l' eredità non è deferita, appunto perchè anche l' accettazione presuppone la delazione. La rinuncia è irrevocabile, tuttavia chi ha rinunciato come istituito, può ancora accettare come sostituito; e così pure chi rinuncia come erede testamentario, può accettare l' eredità come erede intestato.[7]

## § 199.

### Acquisto della bonorum possessio.

La teoria pretoria dell' acquisto della *bonorum possessio* è in massima quella del diritto civile per l' acquisto dell' *hereditas*,

---

[1] Il Cod. Civ. it. non fa distinzioni di sorta fra eredi necessari ed eredi volontari, perchè niuno è tenuto ad accettare l' eredità in qualunque modo siagli deferita e nessuno è erede a sua insaputa e contro sua volontà.

[2] È controverso se l' adizione dell' eredità possa farsi col mezzo di rappresentanti. La negativa si fonda sul fr. 90, pr. D., 29, 2. Nulladimeno: 1. le persone giuridiche acquistano l'eredità per mezzo dei loro legittimi rappresentanti; anzi questi sono responsabili se trascurano l' acquisto; 2. il tutore può adire da sè l' eredità per gli impuberi ed i minori; 3. può anche adirla il padre nella cui potestà si trovano, ma essi possono in questo caso ottenere la restituzione in intiero, la quale ha per effetto di far considerare l'eredità come acquistata dal padre per sè. — Pel Cod. Civ. it. l' accettazione come la rinuncia può farsi anche col mezzo di un mandatario (art. 1741)

[3] Arndts-Serafini, *Pandette* § 508. Nota 1.

[4] Ulp. XXII, 27: “ *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis quibus scierit poteritque; quod ni creveris, exheres esto.* ”

[5] Generalmente era di 100 giorni (Vedi la nota precedente).

[6] Ecco la formula riferitaci da Gaio (II, 166) e da Ulpiano). (XX, 28): “ *Quod me Publius Titius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo, cernoque.* — Cod. Civ. it. art. 929-943.

[7] Cod. Civ. ital. art. 944-954.

con queste differenze: 1° la *bonorum possessio* non si acquista mai di pien diritto, ma richiede sempre una speciale dichiarazione giudiziale, *agnitio bonorum possessionis*, la quale deve farsi in un breve termine, che di regola è di cento giorni. Nell'epoca classica non si poteva ottenere la *bonorum possessio* che in seguito ad una dichiarazione solenne fatta dinanzi al pretore od al preside della provincia; ma in seguito si ritenne sufficiente una dichiarazione qualunque fatta davanti al giudice o al magistrato municipale. Di regola la *bonorum possessio* si otteneva *de plano*; tuttavia, quando si trattava di una *bonorum possessio* che si allontanava dal diritto comune, bisognava farne regolare domanda (*petitio*) davanti al magistrato, il quale non l'accordava che previo esame del caso concreto e mediante decreto. In tal caso la *bonorum possessio* dicevasi *decretalis* per distinguerla da quella fondata sull'editto (*bonorum possessio edictalis*); 2° mentre l'*aditio hereditatis* deve farsi sempre in persona [1], l'acquisto della *bonorum possessio* può farsi per mandatario od altro legittimo rappresentante.

## § 200.

### Effetti dell'acquisto dell'eredità di fronte ai terzi.

Principî generali. — I principali effetti dell'acquisto dell'eredità sono i seguenti: [2]

1° L'erede rappresenta il defunto, ne sostiene e ne continua la personalità, in guisa da essere considerato quale una sola persona con lui. Di qui viene ch'egli succede attivamente e passivamente in tutti i rapporti giuridici patrimoniali del defunto, cioè non solo in tutti i diritti reali e in tutti i crediti, ma eziandio in tutti i debiti, anche al di là delle forze ereditarie. Questa successione nei rapporti giuridici dell'autore produce la confusione del patrimonio e delle obbligazioni; in virtù della prima si estinguono tutti i diritti reali stabiliti sui beni ereditari a favore dell'erede e viceversa, dappoichè nessuno può avere un *ius in re aliena* sopra una cosa propria; in virtù della seconda si estinguono tutti i debiti e crediti fra l'erede e il suo autore, dappoichè nessuno può essere creditore o debitore di se stesso.

2° L'erede si obbliga, *quasi ex contractu*, a pagare tutti i pesi impostigli dal testatore.

---

[1] Vedi la nota 2 della pag. precedente.
[2] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 521 e seg.

Modificazioni ai detti principî. — Ad evitare i danni che potrebbero derivare all'erede dal principio ch'egli è tenuto di tutti i debiti, perfino oltre le forze ereditarie, gli furono accordati, oltre il *ius deliberandi*, i due importanti benefici d'inventario e della separazione dei patrimonî.

*Jus deliberandi.* — Si chiama così la facoltà accordata all'erede di esaminare entro un certo termine lo stato dell'eredità prima di decidersi se l'accetti o la rifiuti. In tesi generale, l'erede non è tenuto a dichiararsi entro un termine stabilito,[1] ma se i creditori, i legatarî ed in generale tutte le persone, le quali hanno interesse ch'egli dichiari se voglia essere erede, gli intimano che si decida ad adire o ripudiare l'eredità, egli deve dichiarare la sua volontà immediatamente, oppure chiedere un termine a deliberare. Questo termine, se è conceduto dai magistrati, è di nove mesi, se dall'imperatore è di un anno.[2] In questo tempo gli è lecito ingerirsi negli affari ereditarî, senza che se ne possa indurre una tacita accettazione. Passato il tempo assegnatogli, egli deve dichiarare se accetta o rinuncia all'eredità: il suo silenzio si ha in conto di accettazione.

Il diritto di deliberare si trasmette agli eredi, in questo senso che essi possono valersene se il tempo assegnato al defunto per esercitarlo non era trascorso, e se non trascorse l'anno durante il quale per legge egli ed i suoi eredi possono deliberare.[3]

*Beneficium inventarii.* — Il beneficio che godeva il militare, di non rispondere dei debiti dell'eredità oltre l'ammontare di essa, fu esteso da Giustiniano a qualunque erede, che nell'adire l'eredità dichiarasse di farlo in conformità di un inventario. L'erede deve cominciare questo inventario entro i trenta giorni dal momento in cui conobbe la delazione dell'eredità e compierlo entro i sessanta; invece ha un anno di tempo se dimora lontano dal luogo in cui sono i beni ereditari. L'inventario dev'essere redatto alla presenza di un notaro e di tutti gli interessati, o, in assenza di questi, alla presenza di tre testimoni: inoltre deve essere firmato dal notaro e dall'erede, e se questi non sa scrivere, fa una croce, ed un secondo notaro firma per lui. L'erede è obbligato

---

[1] Egli ha diritto di differire il rifiuto o l'accettazione finchè il diritto nascente dalla delazione non sia prescritto, cioè durante 30 anni (c. 8 de iur. del. VI, 30; fr. 7 de her. pet. V, 3).

[2] C. 22, § 13 de iur. del. VII, 30.

[3] C. 19, l. c, — Cod. Civ. ital. art. 961, 964.

a giurare, che l'inventario da lui compilato è esatto: che se egli avesse sottratto qualche oggetto ereditario, ne paga il doppio del valore.

Il benefizio dell'inventario produce effetti vantaggiosi per l'erede. Così durante la compilazione dell'inventario, egli non può essere chiamato in giudizio da chi ha interesse nell'eredità (creditori, legatarî ecc.); e compilato che sia, è tenuto verso i creditori soltanto dentro i limiti dell'eredità. Egli paga i creditori coi mezzi che somministra l'eredità stessa, e li paga di mano in mano che gli si presentano, senza curarsi dei loro diritti di prelazione. Il beneficio d'inventario impedisce anche la confusione del patrimonio ereditario con quello dell'erede: quindi i rispettivi crediti e debiti continuano a sussistere separatamente. Infine l'inventario è una condizione indispensabile perchè l'erede possa prelevare la quarta parte dovutagli in forza della legge falcidia.[1]

*Beneficium separationis bonorum.* — Stante la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, avvenuta per l'acquisto dell'eredità, i creditori del defunto divengono creditori anche dell'erede, ed hanno diritto di farsi pagare sulla massa di que'due patrimoni riuniti. Ma se il patrimonio particolare dell'erede è così oberato che il passivo superi l'attivo, i creditori del defunto hanno interesse ad impedire la confusione, ed il pretore, guidato dall'equità, vi provvede, introducendo il benefizio di separazione dei patrimoni, che fa rimanere distinti i beni del defunto da quelli dell'erede, affinchè ciascun patrimonio sia soggetto separatamente al pagamento dei respettivi debiti.[2] Il diritto di domandare la separazione dei patrimoni appartiene ai creditori del defunto, chirografari od ipotecari, qualunque sia la causa del debito; così pure ai legatari e fidecommissari, non però ai creditori personali dell'erede.

La separazione dei patrimoni fa sì che i creditori del defunto ed i legatari sieno pagati col prezzo dei beni ereditari a preferenza dei creditori personali dell'erede, i quali non hanno diritto che a quello che avanza; ma d'altro canto i creditori ereditari non hanno alcun diritto sui beni dell'erede, nemmeno nel caso che il prezzo di questi beni sia superiore a quanto è dovuto ai creditori

[1] Vedi Cod. Civ. ital. art. 955-979.
[2] Fr. 1 de separat. 42-6; Cod. civ. art. 1032-2054-2064.

personali dell' erede. [1] Se la separazione non è domandata che da alcuni degli eredi del defunto, essa non avvantaggia gli altri. [2]

## § 201.

### Effetti dell'acquisto dell'eredità nei rapporti dei coeredi fra di loro.

Due sono gli effetti dell'acquisto dell' eredità nei rapporti degli eredi fra loro, la comunione e la collazione.

*Della comunione fra i coeredi.* — Allorquando più coeredi acquistano l' eredità, i debiti ed i crediti ereditari si dividono di pien diritto fra loro, in proporzione delle rispettive loro quote ereditarie. [3] È possibile che il testatore abbia nel suo testamento ordinato una determinata divisione dei crediti e debiti ereditari, o che i coeredi stabiliscano per convenzione una speciale divisione; ma siffatta divisione, testamentaria o convenzionale, è bensì efficace fra i coeredi, ma non ha effetto alcuno riguardo ai creditori o debitori dell'eredità. [4]

Prescindendo dai crediti e debiti ereditari, l' acquisto dell'eredità fa nascere fra i coeredi una comunione dei beni ereditarî, la quale, non derivando da convenzione, soggiace alle regole generali del quasi-contratto, che ha titolo di *communio incidens.* [5] Ogni coerede può instare subito per lo scioglimento di questa comunione, [6] purchè abbia facoltà di alienare, e il testatore non abbia ordinato, od i coeredi non abbiano convenuto di rimanere in comunione per un tempo determinato. [7]

---

[1] Ciò è detto in modo esplicito al fr. 5 de separat 42, 6, nè vi osta il fr. 3. § 2 eod. (Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 524, nota 3).

[2] Fr. 1 § 16 eod. — In alcuni casi la separazione dei beni non può esser domandata, come p. e. se i creditori avessero novato il loro credito con l' erede, od avessero accettato da lui nuove garanzie, o se avessero lasciato trascorrere un quinquennio dall' adizione dell' eredità ec. — Codice Civ. ital. art. 1032, 2054-2065. — Vedi inoltre nell'*Archivio giuridico* le memorie del Tartufari sulla separazione dei patrimoni con riguardo alle opere di Levi e Pacifici-Mazzoni (XVI, 118-148).

[3] La proprietà dei singoli oggetti si divide pure fra i coeredi come comproprietari (c. 6. Cod. 3. 36).

[4] Fr. 2, § 5; fr. 3; fr. 4, pr.; fr. 25, § 1, 13 fam. erc. X, 2. Arndts-Serafini, *Pandette* § 526 e 527 — Cod. civ. it. art. 1027-1033.

[5] Vedi più sopra § 152, pag. 105.

[6] Vedi più sotto § 203. Codice civile it. 984-1000.

[7] L' azione di divisione dell'eredità presuppone il riconoscimento della qualità di coerede; per conseguenza il non possessore deve eventualmente ottenere il riconoscimento stesso mediante la petizione di eredità (§ 202), mentrechè quando è il possessore che agisce la questione del riconoscimento è pregiudiziale (§ 203).

*Della collazione.* [1] — Quando più discendenti vengono a consuccedere alla eredità di un loro comune ascendente, sono l'uno di fronte all'altro obbligati a conferire alla comune eredità ciò che ognuno di essi ebbe da quell'ascendente durante la sua vita: questo conferimento dicesi *collazione*. La collazione deve la sua origine al diritto di successione che il Pretore accordò ai figli emancipati. Se questi non avessero conferito tutto quello che avevano acquistato in proprio dopo l'emancipazione, si sarebbero trovati in migliori condizioni dei loro fratelli rimasti sotto la patria potestà fino alla morte del comune genitore. Infatti, siccome i figli di famiglia non acquistavano per se, bensì pel padre, e quello che acquistavano veniva a far parte dell'eredità paterna, i figli emancipati avrebbero goduto di una parte degli acquisti fatti dai loro fratelli rimasti sotto la patria potestà, senza far godere a questi ultimi cosa alcuna degli acquisti fatti da essi emancipati. Il pretore per impedire quest'ingiustizia, nell'accordare la *bonorum possessio* ai figli emancipati in concorso coi figli soggetti alla patria potestà, stabilì che i primi conferissero alla massa ereditaria tutto quello che avessero acquistato posteriormente all'emancipazione e che avrebbe fatto parte del patrimonio paterno se non fossero stati emancipati. Tale fu l'origine della collazione e la sua primitiva applicazione. Questa collazione dei figli emancipati perdette della sua importanza di mano in mano che i figli di famiglia divennero capaci di aver beni in proprio, e sotto Giustiniano è scomparsa intieramente. Ma il pretore aveva assoggettato al conferimento anche la dote della figlia *sua:* fu appunto questo istituto della *collatio dotis* che, esteso dagli imperatori Leone I e Giustiniano, diede luogo alla collazione del diritto nuovo. Essa riposa su quest'idea molto equa che l'erede, il quale ha ricevuto dal suo ascendente una semplice anticipazione sulla sua parte ereditaria, debba, secondo la volontà del defunto, tenerne conto a' suoi coeredi.

In diritto nuovo adunque hanno obbligo di conferire i discendenti, [2] tanto se succedono per testamento, quanto se succedono

---

[1] Dig. XXVII, 6, 7; Cod. VI, 20. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 528.

[2] Semprechè divengano eredi ed il testatore non abbia proibito la collazione espressamente, o tacitamente imputando ciò che sarebbe soggetto a collazione nella determinazione delle quote. Non conferiscono eredi diversi dai discendenti, e perciò nè gli ascendenti, nè i collaterali, e molto meno gli eredi estranei (C. 17, 18 h. t.; Nov. 97 c. 6, § 2). Pel Cod. civ. it. vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 528, nota 7.

*ab intestato*, senza distinguere se sieno *sui* o *emancipati*, di primo o di ulterior grado. I nipoti e pronipoti, che succedono in luogo del loro genitore predefunto, devono conferire quanto avrebbe dovuto conferire quest'ultimo. La collazione è dovuta ai discendenti arrivati alla successione, ma non ad altri coeredi, nè ai legatari e creditori ereditari.

L'obbligo della collazione non colpisce che la dote, la donazione nuziale e le spese fatte dal padre per comprare al figlio una carica venale. Il testatore è naturalmente libero di ordinare la collazione anche per altre liberalità, come d'altro canto può dispensare del tutto dalla collazione. [1]

La collazione si eseguisce col riportare in natura alla comune eredità le cose che debbonsi conferire, o coll'imputarvi il loro valore secondo la stima che gli oggetti avevano all'epoca in cui avvenne la morte di quella persona della cui eredità si tratta. [2]

## CAPO VI.

### Azioni risultanti dall'acquisto dell'eredità.

### § 202.

#### Della petizione di eredità. [3]

La petizione di eredità non è che l'applicazione all'eredità dell'azione di rivendicazione. Essa è un'azione reale, mediante cui l'erede domanda, di fronte a chiunque possegga a titolo ereditario o senza titolo, il riconoscimento del suo diritto di eredità, e per via di conseguenza la restituzione degli oggetti ereditari con ogni accessorio.

La petizione di eredità compete ad ogni erede testamentario o legittimo, civile o pretorio, [4] diretto o fidecommissario, [5] universale o parziario; e secondo i varî casi prende la qualifica di *hereditatis petitio civilis*, *possessoria*, *fideicommissaria*, *totalis* e *par-*

---

[1] Pel Cod. ci. it. vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 529, nota 1, e 530, nota 6.

[2] Cod. civ. it. art. 1001-1026. Vedi inoltre la memoria di Peroni nell'*Archivio Giuridico* (X, 84-96).

[3] Dig. V. 3; Cod. III, 31 de petit. hered. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 531e seg.

[4] In origine non spettava che all'erede civile (*heres*), ma poi fu estesa come *hereditatis petitio possessoria* anche all'erede pretorio (*bonorum possessor*).

[5] L'erede fidecommessario non può intentarla che dopo la restituzione dell'eredità.

*tiaria.* Come *actio utilis* venne accordata anche al compratore di un' eredità.

La petizione di eredità è diretta contro chi possiede *pro herede*, cioè contro chi possiede le cose ereditarie con la pretensione di avere diritto di possederle come erede, e contro chi possiede *pro possessore*, vale a dire contro chi possiede le cose ereditarie, senz' altro titolo che il fatto del possesso. [1] Utilmente venne concessa anche contro il cessionario dei diritti ereditari, [2] ma non può mai sperimentarsi contro coloro che posseggono le cose ereditarie a titolo singolare. [3]

Lo scopo della petizione di eredità è di far dichiarare che l' attore è effettivamente erede, e, come conseguenza, di far condannare il convenuto a restituirgli tutto ciò di cui si è arricchito a spese dell' erede. E qui è da osservare che il convenuto, anche se di buona fede, deve restituire insieme agli oggetti in natura che esistono presso di lui anche l' equivalente che ne avesse ricavato. [4] Se poi è di mala fede, deve risarcire all'attore tutto ciò che questi avrebbe, se non gli fosse stato contrastato ingiustamente il suo diritto. [5] Dopo la contestazione di lite il possessore di buona fede vtene trattato come possessore di mala fede, e quello di mala fede risponde anche del caso fortuito. [6]

D' altro canto l'attore deve tener conto al convenuto di buona fede di tutte le spese, ed a quello di mala fede delle spese necessarie ed utili, quanto a queste ultime però soltanto sino alla concorrenza del maggior valore che esse hanno procurato all'eredità. [7]

[1] Si dice possessore *pro possessore,* perchè non sa addurre altra ragione del suo possesso che questa " *possideo quia possideo.* "

[2] Fr. 9, 11, 13, 18 de hered. pet. 4, 5. La petizione di eredità fu accordata anche contro il *fictus possessor* e contro chi *dolo desiit possidere.*

[3] Coloro che posseggono oggetti ereditarî a titolo singolare, p. e. a titolo di legato, di compra e di donazione, non violano il *diritto ereditario* dell' attore non contestandogli la qualità di erede: essi sostengono di essere *proprietari* dei beni che posseggono, e per conseguenza l' erede non può far cadere questa loro pretesa, se non mediante l' azione di rivendicazione, non mai colla petizione di eredità.

[4] Tale principio si attribuisce al Senato-consulto Giovenziano. Gli scrittori esprimono questo concetto colle parole: *pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretii.*

[5] Fr. 20, § 6, fr. 22, fr. 25, § 11-18 de hered. pet. 5, 3.

[6] Fr. 31 eod. e leggi citate nella nota precedente. Pel Cod. civ. it. vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 533, nota 6.

[7] Fr. 37-39 de hered. pet. 5, 3,

## § 203.

### Azione di divisione dell'eredità. [1]

I coeredi hanno gli uni contro gli altri l'*actio familiæ erciscundæ*, che è un'azione personale mediante la quale domandano la divisione dell'eredità. Essa può essere intentata anche da chi non è in possesso della sua quota ereditaria; ma in questo caso, se la sua qualità di erede è contestata, egli deve ricorrere alla petizione di eredità.

Nel giudizio di divisione dell'eredità il giudice ha la missione di aggiudicare a ciascun interessato una parte dei beni ereditari, in quanto ciò sia possibile. Se un lotto ha un valore superiore in confronto degli altri, il giudice pronuncia una condanna pecuniaria per ristabilire l'eguaglianza.

In generale l'*actio familiæ erciscundæ* non può essere sperimentata più d'una volta, poichè, fatta una volta la divisione, essa ha perduto la sua base, vale a dire un'eredità comune; se fossero sfuggiti alcuni oggetti ereditari al giudizio di divisione dell'eredità, si dovrebbe ricorrere all'*actio communi dividundo*, a quella di gestione d'affari od alla *condictio indebiti*, secondochè rimane a dividere qualche oggetto ereditario, o ad eseguire obbligazioni fondate sulla comunione od a conferire qualche cosa.

## § 204.

### Azioni possessorie.

Le principali azioni possessorie sono l'*interdictum quorum bonorum* [2] e il così detto *remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo.* [3]

*Interdictum q. b.* — L'interdetto *quorum bonorum*, a differenza della petizione di eredità, non solleva la questione del diritto di successione, ma è un'azione meramente possessoria, che spetta a colui che ha ottenuto la *bonorum possessio* contro colui che possiede cose ereditarie corporali *pro herede* o *pro possessore*, o contro colui che ha dolosamente cessato di possederle, e tende ad ottenere il possesso delle medesime.

---

[1] Dig. X, 2. Cod. III, 36, *familiæ erciscundæ*. Cod. civ. it. 984-1000; 1034-1049.
[2] Dig. 43. 2; Cod. 8, 2; Quorum bonorum.
[3] Cod. VI, 33 de edicto div. Hadr.

L'attore si fonda soltanto sull'avere ottenuto la *bonorum possessio*, astrazione fatta dalla questione se egli sia o no il più prossimo erede; attalchè provato ch'egli abbia la concessione della *bonorum possessio*, il convenuto non isfugge alla condanna se non provando una *bonorum possessio* migliore: ogni altro mezzo di difesa è escluso.[1]

*Remedium ex l. ult.* — Questo rimedio compete a chi presenta un testamento inattaccabile quanto alla sua forma estrinseca ed esente da ogni vizio apparente, ed ha lo scopo di ottenere l'immissione giudiziale nel possesso provvisorio delle cose che il testatore possedeva all'epoca della propria morte: la quale immissione è efficace contro chiunque possegga tali cose senza titolo speciale, sino a tanto che all'esperimento della petizione di eredità non è chiuso l'adito dalla prescrizione ed in quanto l'avversario non provi tosto il suo diritto ereditario. L'immesso nel possesso ottiene così il vantaggio di poter attendere come possessore che l'avversario promuova l'azione di petizione.[2]

## CAPO VII.

### DEL NON ACQUISTO DELL'EREDITÀ DEFERITA.

Chi è chiamato ad un'eredità ha il diritto di adirla; ma talvolta avviene ch'egli non l'acquisti, sia che rinunci all'eredità deferitagli, sia che muoia prima dell'acquisto, sia che divenga incapace di succedere a titolo universale, sia che il testamento venga rescisso, sia infine per altri motivi. In tali casi, se non vi ha una sostituzione, la porzione vacante si accresce agli altri coeredi, a meno che non esista un caso di trasmissione.

---

[1] Il convenuto non potrebbe respingere l'interdetto *quorum bonorum*, opponendo di avere un diritto ereditario migliore: se questo diritto gli compete realmente, egli potrà farlo valere colla *petitio hereditatis*, giacchè la sentenza emanata sull'interdetto *quorum bonorum* non pregiudica il diritto di successione della parte soccombente.

[2] A tutela provvisoria del diritto ereditario il diritto romano concede inoltre i seguenti rimedi: 1. *Missio in possessionem ventris nomine.* Se l'erede è un postumo, la madre pregnante può frattanto ottenere l'immissione nel possesso dei beni ereditari che spetterebbero al figlio nel caso in cui nascesse vivo. 2. *Bonorum possessio ex Carboniano edicto.* Se ad un impubere è contestata la qualità di figlio del testatore, dalla quale dipende il suo diritto di eredità, gli viene frattanto accordata mediante decreto pretorio la *bonorum possessio ex Carboniano edicto*. 3. *Bonorum possessio furiosi nomine.* Se è chiamato all'eredità un furioso, il curatore di lui può frattanto ottenere la *bonorum possessio* e l'amministrazione dell'eredità, quasi questa fosse effettivamente acquistata dal furioso. 4. *Bonorum possessio in caso di istituzione condizionale.* L'erede istituito sotto condizione può, pendente la medesima, acquistare la *bonorum possessio* e così far valere il proprio diritto ereditario in via provvisoria coi rimedi giuridici che competono al *bonorum possessor*.

## § 205.

### Delle trasmissioni.

Per regola generale se chi è chiamato all'eredità muore prima di averla acquistata, egli non trasmette il suo diritto ai proprî eredi, dappoichè, secondo un principio del diritto romano logicamente seguito in tutte le sue conseguenze, l'eredità non può acquistarsi che da colui al quale è stata deferita.[1] Tuttavia vi sono dei casi in cui l'eredità, benchè non sia stata acquistata da colui al quale venne deferita, si trasmette a' suoi eredi. Essi sono quattro:[2]

*Transmissio ex capite in integrum restitutionis.* — Se l'erede per l'ignoranza della delazione, o per altre circostanze a lui non imputabili, come p. e. l'assenza per causa di pubblica utilità, non ha potuto adire l'eredità deferitagli, egli trasmette a' suoi eredi la facoltà di chiedere la restituzione in intiero e in conseguenza quella di adire l'eredità.

*Transmissio ex capite infantiæ.* — L'ascendente può adire in proprio nome l'eredità deferita ad un suo discendente, qualora questi muoia nell'età dell'infanzia senz'averla acquistata.[3] Lo stesso avviene per un figlio maggiore che si trova nella potestà del padre e che non ha potuto prima della morte per causa di assenza acquistare l'eredità: lo stesso pure avviene nel caso della pazzia.

*Transmissio Theodosiana.* — Secondo una costituzione di Teodosio II dell'anno 450, confermata espressamente da Giustiniano,[4] il discendente istituito erede da un suo ascendente trasmette il diritto di acquistare l'eredità ai discendenti proprî, perfino nel caso che sia morto prima dell'apertura del testamento.[5]

---

[1] C. 5, de caduc. toll. 5, 51: "Hereditatem enim nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur."

[2] Fr. 86 pr. de acq. hered. 19, 2: c, I de rest. mil. 2, 51.

[3] C. 18. § 1 de iure delib. 6, 30. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 513

[4] C. un. § 1 de cad. toll. 6, 51. cf. c. un. 6. 52.

[5] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 514, e specialmente la nota 3, dove sono riferite le principali questioni e le varie opinioni su questa materia. Cod. civ. it. art. 890, l'interpretazione del quale diede luogo a vive questioni. Vedi nell'*Archivio giuridico* le memorie di Diena (XVII, 24-47) e Grossi (XVII, 187-219) e a pag. 195 dell'opera di Pescatore: *Filosofia e dottrine giuridiche*.

*Transmissio Iustinianea.* — L'erede morto entro l'anno dopo la notizia della delazione, senza aver dichiarato se accetti o rifiuti l'eredità, trasmette ai propri eredi il diritto di acquistarla entro il resto dell'anno, oppure entro il resto del termine se era stato prefisso all'istituito un termine a deliberare. [1]

## § 206.

### Diritto di accrescimento.

Il diritto di accrescimento fra coeredi è il diritto a quella porzione vacante, che spettava ad un coerede, il quale non possa o non voglia acquistarla. Esso si fonda sul principio che l'erede, rappresentando la persona del defunto, è chiamato naturalmente all'eredità tutt'intiera. Soltanto il concorso di altri eredi può limitare quel diritto: or se questi vengono a mancare, il limite cessa ed egli deve ottenere il tutto (*solo concursu partes fiunt, cessante concursu partes cessant*). Il diritto di accrescimento, che più propriamente potrebbe chiamarsi diritto di non decrescimento, non costituisce adunque un acquisto nuovo, ma è un semplice sviluppo dell'istituzione personale e la porzione che accresce non è che un accessorio della porzione originaria. Di qui viene che il diritto di accrescimento si verifica di pien diritto, senza che sia necessario un atto qualunque per parte degli eredi, anzi anche a loro insaputa ed a loro malgrado, con tutti gli oneri che gravitano sulla porzione vacante. [2]

Il diritto di accrescimento ha luogo tanto nella successione intestata che nella testamentaria, civile e pretoria, semprechè, s'intende, non esista un caso di trasmissione od una sostituzione; e la porzione vacante si divide fra gli altri coeredi, come se l'erede mancante non fosse mai sussistito. L'applicazione di questo principio non dà luogo a nessuna difficoltà nella successione intestata; ma nella successione testamentaria l'accrescimento avviene in modo diverso, a seconda della maniera con cui il testatore congiunse i nomi degli eredi nell'istituirli. I coeredi infatti possono essere congiunti in tre maniere diverse: 1° Possono essere chiamati all'identica cosa, ma in proposizioni diverse; ed

---

[1] C. 19 de iure del. 6, 30; ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 516.

[2] Fr. 31, 33. 53 § 1 de acq. hered. 29, 2. ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 517 e 518.

allora si dicono *re coniuncti* (p. e. Tizio sia mio erede, Caio sia mio erede, e Sempronio sia esso pure mio erede). 2° Possono essere chiamati all'identica cosa e nella stessa proposizione; ed allora si dicono *re et verbis coniuncti* (p. e. Tizio, Caio e Sempronio sieno miei eredi). 3° Possono essere chiamati nella medesima proposizione, ma non alla medesima cosa; ed allora si dicono *verbis tantum coniuncti* (p. e. Tizio, Caio e Sempronio sieno miei eredi, ciascuno per un quarto).

Ciò premesso, si applicano le regole seguenti:

1° Se i coeredi sono tutti congiunti nello stesso modo, o se non sono congiunti in nessuna maniera, la porzione vacante si accresce a tutti i coeredi in proporzione delle rispettive quote ereditarie, dappoichè in questo caso non vi ha alcuna ragione di dare preferenza all'uno piuttosto che all'altro. [1]

2° Se viene a mancare un coerede congiunto *re et verbis*, la sua porzione si accresce agli altri congiunti *re et verbis*, dappoichè essi sono considerati come una sola persona relativamente alla parte per la quale sono stati istituiti. Il loro diritto a tutta questa parte non è limitato che pel concorso di altri *re et verbis coniuncti.*

3° Se viene a mancare un coerede congiunto *re tantum*, la sua parte si accresce agli altri che sono chiamati alla medesima cosa, cioè tanto ai congiunti *re tantum* quanto a quelli congiunti *re et verbis:* questi ultimi però non ricevono tutti insieme che una parte eguale a quella di ciascun erede *re tantum coniunctus.* [2]

Osserveremo in fine che la congiunzione semplicemente *verbale* non dà nessuna preferenza; per conseguenza se viene a mancare un erede che sia congiunto soltanto *verbis*, la sua porzione si accresce a tutti gli altri, senza riguardo se sieno o no congiunti. [3]

Se poi un erede è stato istituito soltanto per un oggetto de-

---

[1] Fr. 59. § 3 de hered. inst. 28, 5.

[2] Istituz. di Namur. § 348, n. 3, lett. c.

[3] Secondo il Codice civile italiano, il diritto d'accrescimento ha luogo fra i coeredi, quando in uno stesso testamento e con una sola e stessa disposizione siano stati congiuntamente chiamati, senza che il testatore abbia fatto tra essi distribuzioni di parti (art. 880) abbia cioè espressamente indicata *una quota per ciascuno*, non escludendo il diritto d'accrescimento la semplice espressione *per eguali* parti, o *in eguali porzioni* (art. 881). — Vedi nell'*Archiv. Giur.* la memoria del Grossi (XIV, 529-540).

terminato (*institutio ex certa re*), egli non può raccogliere la porzione vacante che in mancanza di ogni altro erede. [1]

## CAPO VIII.

### Perdita dell' eredità.

#### § 155.

**Delle cause di perdita dell' eredità.**

Per regola generale l' acquisto di un' eredità è definitivo tanto in favore che contro l' erede (*semel heres semper heres*); vale a dire vi ha diritto acquisito per l' erede e pei creditori dell' eredità e pei legatari. Ma questa regola soffre delle eccezioni, inquantochè, prescindendo che l' erede può ottenere la rescissione dell' accettazione dell'eredità in causa di dolo e di minorità e che può alienarla (vedi § 207), l' eredità può andar perduta anche contro la volontà dell' erede. I casi più importanti sono i seguenti: 1.° La rescissione del testamento dietro dimanda di un successore necessario (vedi § 195-97); 2.° l' indegnità dell' erede che ciò nonostante avesse acquistato l' eredità (vedi § 225). La perdita dell' eredità ha effetti simili a quelli che produce la fine della delazione, salvo quel che riguarda l' alienazione dell' eredità.

#### § 208.

**Alienazione dell' eredità.**

L' alienazione dell' eredità, da non confondersi con quella di singoli oggetti ereditari, trasferisce al compratore tutti i vantaggi e tutti gli svantaggi derivanti dall' acquisto dell' eredità. Le conseguenze sono: 1.° Il compratore dell'eredità ha tutto quello che avrebbe avuto il venditore come erede, compresevi le porzioni vacanti che vanno in accrescimento. Il venditore non è tenuto all' evizione dei singoli oggetti ereditari, dappoichè egli non ha venduto che quelli che avrebbe acquistato egli stesso, ma deve garantire la sua qualità di erede per la porzione venduta. [2] 2° Il

---

[1] Sull'*institutio ex certa re* vedi l'importante memoria di Padelletti inserita nell'*Archivio giuridico*, vol. IV, pag. 139-165, 343-386.

[2] Fr. 7, 9, 13 De hered. vend. 18, 4; Cod. civ. art. 1545.

compratore sopporta tutti gli oneri che gravitano sull'eredità, ma i creditori ed i legatari conservano le loro azioni contro il venditore, salvo a quest'ultimo il diritto di regresso verso il compratore. [1] 3° Rivivono i crediti già esistenti fra il venditore e il defunto, come pure devono essere ristabiliti i diritti reali che gravitano sui beni dell'uno a favore dell'altro e che si erano estinti per confusione. [2] 4° Il compratore può esercitare *utiliter* la petizione di eredità e l'azione di divisione, come del pari può esserne convenuto.

## CAPO IX.

### Dei legati e fedecommessi singolari.

### § 209.

#### Dei legati in generale.

Il legato, nel senso ampio della parola, è quella disposizione d'ultima volontà, mediante la quale si aggrava chi acquista una cosa appartenente all'eredità, di una liberalità a favore di un terzo. [3]

Il legato può ordinarsi con testamento o con codicillo. Per codicillo s'intende un atto meno solenne di ultima volontà, col quale si può fare qualunque disposizione a causa di morte, all'infuori della istituzione e sostituzione di un erede, o della diseredazione. I codicilli sono pubblici o privati: i pubblici o si consegnano al principe o si fanno verbalmente dinanzi al magistrato che ne redige un protocollo depositato poi nel pubblico archivio; i privati, sieno scritti o nuncupativi, richiedono cinque testimoni idonei e la contestualità.

L'antica giurisprudenza ammetteva che i legati formassero una successione a titolo singolare perfino nel caso che consistessero in una quota parte dell'eredità, per la ragione che chi non deriva direttamente i suoi diritti dal defunto, non può a rigore esser considerato suo rappresentante; ma la legislazione di Giustiniano, abbandonando questo rigore, ha ammesso anche la successione universale indiretta (§ 220).

---

[1] C. 2 de her. vend 4, 39; C. 2 de leg. 6, 37.

[2] Fr. 9 comm. praed. 8, 4; fr. 2, § 18, 20 de her. vend. 18, 4.

[3] Il legatario adunque non è un successore *diretto* del defunto, poichè fra il legatario e il defunto si frappone un intermediario, che è gravato dell'esecuzione dei legati. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 541 e seg.

I legati in senso ampio si dividono storicamente in *legata* e *fideicommissa singulæ rei*. Il *legatum* (legato in senso stretto) era una disposizione fatta in termini imperativi e che doveva eseguirsi dall' erede; il *fideicommissum singulæ rei* era qualunque altra disposizione che il defunto confidava alla buona fede del suo successore o di altra persona.[1] Il primo adunque era una legge imposta all' erede istituito, e non poteva concepirsi che con formole solenni del diritto civile; il secondo era una preghiera che andava esente da ogni solennità e poteva ordinarsi in qualunque modo, perfino con semplici cenni.

## § 120.

### Dei legati propriamente detti *(legata)*.

Avuto riguardo alla formola, colla quale venivano ordinati nel diritto antico, si distinguevano quattro specie di legati, cioè *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* e *per præceptionem*.

*Legatum per vindicationem*. — Il legato *per vindicationem* si concepiva colle parole « Do, Lego » od anche colle altre « Sumito, Capito, Sibi habeto. » Era chiamato *per vindicationem*, appunto perchè trasferiva direttamente la proprietà delle cose legate, di guisa che il legatario poteva senz' altro rivendicarle da qualunque detentore.[2] *Per vindicationem* potevano essere lasciate soltanto quelle cose delle quali il testatore aveva il dominio quiritario nell' epoca in cui aveva fatto il testamento e in quella della sua morte; tuttavia per le cose fungibili bastava che avesse quel dominio nell' epoca della sua morte.[3]

*Legatum per damnationem*. — La formula di questa specie di legato era « Heres meus damnas esto dare » od anco « Dato, Facito, Dare iubeo. » Questo legato non trasferiva direttamente la proprietà al legatario, ma soltanto produceva in suo favore

[1] Ulp. XXIV: " *legatum* est quod *legis modo*, id est IMPERATIVE, testamento relinquitur; nam ea, quæ PRECATIVE modo relinquuntur, *fideicommissa vocantur*; " XXV, 1: " Fideicommissum est quod *non civilibus verbis*, sed PRECATIVE relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. (Vedi più innanzi § 210).

[2] Gai. II, 193-194; Ulp. XXIV, 3.

[3] Gai. II, 196; Ulp. XXIV, 7.

un' azione personale contro l' erede per chiedere l' esecuzione del legato. [1] *Per damnationem* potevano essere legate le cose tutte, anche quelle che non erano nel dominio del testatore, ma che appartenevano ad un altro. L' erede aveva in tal caso l' obbligo di procurarsele o di pagarne il prezzo di stima. [2]

*Legatum sinendi modo.* — In questa specie di legato il testatore ingiungeva all' erede che permettesse al legatario di prendere l' oggetto legatogli. La formula era « HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE L. TITIUM ILLAM REM SUMERE SIBIQUE HABERE. » In questo modo si potevano legare tanto le cose del testatore, quanto quelle dell' erede di cui ciascun d' essi avesse avuto la proprietà al momento della morte del testatore, non mai le cose altrui. Il legato *sinendi modo* non trasferiva direttamente la proprietà al legatario, ma gli conferiva soltanto un' azione personale contro l' erede. [3]

*Legatum per præceptionem.* — Con questo legato il testatore ordinava che l' uno dei coeredi, prima di dividere l'eredità, prendesse o prelevasse dalla massa ereditaria l' oggetto lasciatogli. La formula era concepita in questi termini: L. TITIUS ILLAM REM PRÆCIPITO. I legati *per præceptionem* non potevano farsi regolarmente che a favore di uno dei coeredi, dappoichè, come insegnavano i Sabiniani, *præcipere* vuol dire prendere avanti, a preferenza degli altri eredi coi quali si deve dividere l' eredità; ma l'opinione de' Proculeiani, secondo la quale la sillaba *præ* dovesse reputarsi come non scritta quando il legato fosse stato in favore di un estraneo, finì per prevalere in pratica. [4]

Le differenze fra queste varie specie di legati furono considerevolmente modificate da un senatoconsulto decretato sotto Nerone, il quale stabilì che nel caso, in cui il testatore avesse legato una cosa altrui con una formula che non ammetteva che il legato di cose proprie del testatore o dell' erede, il legato dovesse essere valido, come se fosse stato disposto *per damnationem*, e produrre gli effetti che andavano congiunti a questa forma. [5] Più tardi l' imperatore Costanzo, uno dei figli di Costantino I, permise di fare qualunque delle quattro specie di legati con una formula

---

[1] GAI. II, 201, 204; ULP XXIV, 4; PAUL. III, § 10.
[2] GAI. II, 202-203; ULP. XXIV, 8-9.
[3] GAI. II, 209-211; ULP. XXIV, 5, 10.
[4] GAI. II, 217, 221.
[5] GAI. II, 197, 212, 218, 220, 222; ULP. XXIV, 11.

qualsiasi.[1] Finalmente Giustiniauo soppresse tutte le differenze del diritto antico, attribuendo a tutte le forme di legato i medesimi effetti. S'intende però da sè che malgrado questa disposizione di Giustiniano, gli effetti dei legati devono per la natura stessa delle cose esser diversi, secondochè la cosa legata appartiene al testatore o ad un terzo.[2]

## § 211.

### Dei fedecommessi singolari.

Il fedecommesso singolare è una disposizione di ultima volontà, per la quale il testatore prega la persona che riceve qualche cosa dalla sua eredità di restituire una cosa o di pagare una determinata somma ad un terzo.

L'origine dei fedecommessi vuolsi ripetere dal desiderio di beneficare certe persone che erano incapaci di ricevere a causa di morte. Siccome non si poteva lasciare un legato agli incapaci, così si gravava l'erede di un fedecommesso a loro favore. La legge non garantiva punto queste disposizioni, ma la loro esecuzione dipendeva intieramente dalla lealtà di coloro alla fede dei quali il testatore commetteva l'adempimento delle sue volontà (*testator fidei heredis committebat*).[3] Augusto fu il primo che elevò i fedecommessi ad istituzione legale, quando erano lasciati a persone capaci, ordinando ai consoli di assicurare l'esecuzione di quei fedecommessi che sembrassero degni di questo favore. Ben presto si ammise in modo generale la forza obbligatoria dei fedecommessi, i quali vennero talmente in voga che si dovette creare un pretore speciale rivestito della giurisdizione dei fedecommessi (detto perciò *prætor fideicommissarius*).[4]

I fedecommessi singolari avevano grandissima analogia coi legati, dappoichè, al pari di questi, erano liberalità a titolo singolare ordinate in un atto di ultima volontà; ma in origine ne differivano e per la persona dell'onerato, e per la forma e per gli effetti.

Quanto alla persona onerata, il *legatum* non poteva essere

---

[1] C. 21 de legatis 6, 37.
[2] Vedi in appresso § 212.
[3] § 1 Inst. de fideic. hered. 2, 23; Gai. II, 285. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 541.
[4] Gai. II, 274, 275, 278, 285; Ulp. XXV, 7, 12. § 1 Inst 2. 23.

imposto che ad un erede testamentario,[1] il *fideicommissum* poteva esserlo a chiunque riceveva qualche cosa dell'eredità del disponente, e per conseguenza non solo all'erede testamentario o legittimo, ma anche ad un legatario o fedecommessario.[2]

Quanto alla forma, il *legatum* doveva ordinarsi per testamento o per codicillo testamentario confermato,[3] *dopo* l'istituzione d'erede,[4] in lingua latina e con parole solenni ed imperiose;[5] il *fideicommissum* poteva essere ordinato senza formalità alcuna purchè la volontà del disponente potesse venire constatata in iscritto o verbalmente, con parole qualunque, ed anche per cenni,[6] prima o dopo l'istituzione d'erede.[7]

Quanto agli effetti, i legati *per vindicationem* e *per præceptionem* trasferivano direttamente la proprietà al legatario: il fidecommesso non creava in nessun caso che un rapporto obbligatorio.[8] Sotto un certo rapporto i fidecommessi erano più vantaggiosi dei legati, dappoichè, mentre l'obbligazione del legatario era di stretto diritto, quella di chi era onerato del fidecommesso era di buona fede, e per conseguenza lo assoggettava, in caso di mora, ai frutti ed agli interessi.[9]

Coll'andare del tempo i *legati* ed i *fidecommessi* si avvicinarono sempre più, e finirono per confondersi in un solo istituto. Infatti da un lato, i *legata* avevano già perduto del loro rigore in forza del senatoconsulto Neroniano e della costituzione di Costanzo, di cui abbiamo parlato alla fine del paragrafo precedente, dall'altro i *fideicommissa* furono assoggettati ad una certa forma dagli imperatori Costantino e Teodosio II, che del codicillo fecero un atto solenne.[10]

Giustiniano assimilò completamente i legati ai fedecommessi, e nel diritto nuovo è tolta ogni differenza fra essi;[11] gli uni e gli altri godono di tutti i favori che anticamente non appartenevano

---

[1] Gai. II, 270-271; Ulp. XXIV, 20-21.
[2] Gai. l. c.; Ulp. XXV, 10; fr. 1 § 6 de leg. III.
[3] Gai. II, 270; Slp. XXIV 19.
[4] Gai. II, 229; Ulp. XXIV, 15; Paul. III, 6, § 2.
[5] Gai. II, 193, 201, 209, 216, 281: Ulp. XXIV, 1, 3-6.
[6] Gai. II, 270, 273, 281; Ulp. XXV, 1, 9; Paul. IV, 1 § 6.
[7] Gai. II, 269; Ulp. XXV, 8.
[8] Paul. IV, 1 § 13.
[9] Sotto questo rapporto però, il *legatum sinendi modo* fu ben presto assimilato ai fedecommessi (Gai. II, 280).
[10] C, 1, 7. Cod. Teod. IV, 4; C. 8 § 3 de codic. 6, 36.
[11] Fr. 1 d. c. de leg. 1 (30). " *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.* "

che all'una o all'altra categoria.[1] D'ora in poi noi li comprenderemo sotto il nome comune di *legati*.

## § 212.

### Delle persone che intervengono in un legato.

Ogni legato suppone necessariamente tre persone, cioè chi lo ordina (testatore) chi lo riceve (onorato) e chi lo deve prestare (onerato). Relativamente a queste persone valgono le seguenti regole:

Chiunque gode della capacità di testare gode eziandio della capacità di lasciare legati.[2]

Chiunque è capace di essere istituito erede, è pure capace di essere onorato di un legato.[3]

Chiunque acquista qualche cosa dall'eredità di un defunto in virtù di una liberalità diretta od indiretta, e non fortuitamente, può essere onerato della prestazione di un legato,[4] il quale però non può mai obbligarlo oltre il valore dell'acquisto fatto sulla eredità stessa.[5]

Se il testatore non ha designato la persona che debba prestare il legato, o ne ha aggravato in genere tutti gli eredi, questi debbono prestarlo in proporzione delle loro quote ereditarie.[6] Che se tutti od alcuni degli eredi sono stati aggravati del legato *nominativamente*, ciascuno è obbligato per una porzione virile, salvochè, s'intende, il testatore non abbia manifestato una volontà contraria.[7]

---

[1] § 3 Inst. II, 20: " ... ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura.

[2] Fr. 8 114 pr. de legat. I; Fr. 1 pr. § 2, 3, de legat, III. Vedi più sopra § 188. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 542.

[3] § 24-27 Inst. de legat. II, 20; GAI. II, 218. Vedi più sopra § 187, pag. 187 nota 2.

[4] Fr. 1 § 6-10, fr. 2-6 de legat. III; pr. I. de sing. reb. per fid. rel. 2, 24; fr. 96. § 4, fr. 114 § 3 de legat. I; fr. 114 § 3 de legat. I; fr. 70 § 1, 2 de legat II.

[5] Fr. 1 § 17 ad SC. Treb. 36, 1: " *neminem oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate* pervenit. " Vedi inoltre i testi citati infine della nota precedente e più sotto § 216.

[6] Fr. 33 pr., 44 pr. de legat. II.

[7] Fr. 124 de legat. 1 (Neratius): " Si heredes *nominatim* enumerati dare quid damnati sunt, proprius est, ut *viriles* partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exæquentur in legato praestando; qui si nominati non essent, hereditarias partes

Il prelegato a favore di un coerede vale come legato, solo in quanto colpisce le porzioni ereditarie degli altri coeredi, [1] ma non per la porzione del prelegatario, [2] dappoichè nessuno può essere ad un tempo creditore e debitore del medesimo legato. [3] Che se il prelegatario rinuncia all'eredità, egli ha diritto a tutto il prelegato, [4] e s'egli muore prima di averla accettata, tutto il prelegato passa a' suoi eredi. [5]

## § 213,

### Delle cose che possono formare oggetto di un legato.

Oggetto del legato può essere tutto ciò che è in commercio e che ha valore, purchè la prestazione che incombe all'onerato sia possibile e lecita, e non sia talmente indeterminata da dipendere dal suo mero arbitrio. [6] Laonde è nullo il legato, se la cosa è intieramente sottratta al commercio, [7] e così pure se non può essere nel commercio del legatario, [8] non però nel caso che sia sottratta soltanto al commercio dell'onerato. [9] Del pari è nullo

---

debituri essent. „ Fr. 54 § 3 eod. (Pompon): “ Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero *omnes*, hereditarias. „ — Sull'apparente contraddizione del fr. 17 de duob. reis (45, 2) vedi la mia dissertazione nell' *Archivio giuridico* vol. VII, pag. 128-144. — Sulla proporzione in cui più eredi debbono soddisfare un legato loro imposto, vedi nello stesso *Archivio* lo scritto di MEHLHAFF (XII, 385-411; 483-514). Codice civile ital. art. 868.

[1] Fr. 40 pr. de legat. III; Fr. 1, 116 § 1 de legat. I.

[2] Fr. 1, § 6, quod legat. 43, 3; fr; 4, pa. 5, fr; 42, fam. ercisc. 10, 2; fr; 34 § 1, fr; 88; § 2, de legat. III. Vedi anche la nota precedente e ARNDTS-SERAFINI *Pand.* § 544. nota 2.

[3] “ *Heredi a semetipso legatum dari non potest... A semetipso ei inutiliter legatum videtur.* „ (Fr. 116 § 1, fr. 34 § 11 de legat 1). Si arriva così al risultato in apparenza bizzarro, ma profondamente logico, che un prelegato fatto a due coeredi profitta loro in ragione inversa della rispettiva loro quota ereditaria: quanto maggiore è la porzione ereditaria, tanto minore è la parte del legato, e viceversa. Così si spiega il fr. 34 § 12 de legat. I: “ *Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et iis fundus legatus sit,* UNCIARIUM *heredem* UNDECIM *partes in fundo habiturum,* COHEREDEM UNC AM. „ Cf. fr. 34 § 11 e fr. 116 § 1 cod. Consulta ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 544, nota 2; VANGEROW *Pand.* § 523, nota *B*.

[4] Fr. 17 § 2, fr. 18, 87, 91 § 2 de legat. I.

[5] Il fr. 75 § 1 de legat. II, che gli scrittori credono contrario al principio enunciato nel testo, non fa che confermarlo, come credo di avere dimostrato nel mio *Archivio giuridico* vol. VII, pag. 183-184. — Vedi in argomento nello stessa *Archivio* la memoria di MEHLHAFF XI, 138-142.

[6] Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 547.

[7] § § 4 Inst. de legat.. 2-20: fr. 39 § 9-10 de legat. I.

[8] Fr. 49 § 2 de legat. II.

[9] In tal caso, se la cosa appartiene ad un terzo, l'onerato deve pagare al legatario il prezzo di stima (Fr. 49 § 3 de legat. II).

il legato se la cosa lasciata è già nel dominio assoluto, esclusivo ed irrevocabile del legatario: [1] tuttavia se questi ne avesse acquistato la proprietà a titolo oneroso, dopo che fu fatto il testamento, egli avrebbe un'azione personale per farsi indennizzare di quanto ha speso per l'acquisto. [2] Se la cosa legata spetta a un terzo, e il testatore lo sapeva, il legato è pienamente efficace: [3] l'onerato dovrà in tal caso procurarsi la cosa o pagarne l'estimazione. [4] Che se il testatore ha legato una cosa appartenente a un terzo, credendola sua, il legatario non può pretendere che l'erede gli procacci la proprietà della cosa o gliene paghi il relativo valore. [5] Se il testatore, dopo avere lasciata una cosa in legato, l'avesse alienata, il legato si ritiene tacitamente revocato. [6] La circostanza che la cosa legata appartiene all'onerato non dispensa quest'ultimo dall'obbligo di prestare il legato, nemmeno nel caso che il testatore l'avesse creduta sua erroneamente. [7] Se la cosa legata è affetta da enfiteusi, superficie, usufrutto od ipoteca a favore di un terzo, e il testatore lo sapeva, l'erede è obbligató a consegnarla al legatario libera da quei pesi, salvo la prova dell'intenzione contraria del testatore. [8]

## § 214.

### Del modo di ordinare i legati.

I legati possono ordinarsi per testamento o per codicillo. [9] Una dichiarazione d'ultima volontà che non è valida come testamento può valere come codicillo, quando lo abbia dichiarato il testa-

---

[1] *Res mea plus quam semel mea esse non potest* (§ 10 Inst. de legat. 2, 20). Se fosse poi solo in parte, il legato sarebbe nullo per questa parte.

[2] § 6 I. de legatis 2, 20; fr. 34, § 2 de legat. I.

[3] La prova incombe al legatario (fr. 21. D. 22, 3).

[4] § 4 Inst. l. c.; fr. 39 § 7, fr. 7, fr. 61 § 3 de legat. I.

[5] Se l'erede consegnasse la cosa altrui al legatario, questi ne acquisterebbe il possesso giuridico *(pro legato)* ed essendo in buona fede potrebbe usucapirla (Dig. pro legato 41, 8 cf. fr. 1 § 2 de publ. act 5, 2 e fr. 14 § 1 de usucap. 41, 3).

[6] § 12 Inst. de legat. 2. 20; fr. 11, 12 de legat. III; fr. 15, 18 de adim. legat. 4, 34. Se però avesse di nuovo acquistato la cosa alienata, potrebbe tal fatto servire di indizio ch'abbia voluto rinnovare il legato, ma a ciò non basta una presunzione. (fr. 15 e 27 pr. § 1 de adim. legat. 34, 4 cf. fr. 79 § 3 de legat III).

[7] Fr. 6, 7 § 7 de legat. II.

[8] Fr. 66 § 6 de legat. II, cf. fr. 57 de legat. I. Se i diritti reali che gravitano sulla cosa legata competono al legatario, questi non ha diritto che alla proprietà della cosa (fr. 85 de legat. II. Vedi anche più sotto pag. 232 nota 6). — Cod. civ. art. art. 892-894.

[9] Vedi più sopra § 209 pag. 220.

tore, mediante la così detta clausola codicillare,[1] sempre chè, s'intende, esistano tutti i requisiti di un codicillo valido.[2]

Un legato può essere lasciato puramente, o con apposizione di termine, di condizione,[3] di causa, di modo,[4] o dimostrazione.

Havvi legato con apposizione di causa, quando il testatore indica il motivo che lo ha indotto ad ordinarlo.[5] Un tale legato è valido, perfino allora che la causa indicata dal testatore sia erronea (*falsa causa non nocet*), ammenochè non sia stata enunciata come condizione,[6] o l'onerato non provi che se il testatore lo avesse saputo, non avrebbe fatto il legato.[7]

Il legato *sub demonstratione* è quello che è accompagnato dall'indicazione di qualche qualità del legatario o della cosa legata.[8] Una dimostrazione erronea non vizia il legato (*falsa demonstratio non nocet*) purchè però non dia luogo ad un'incertezza circa la vera volontà del testatore.[9]

## § 215.

### Acquisto dei legati.

Il principio fondamentale è che il legatario acquista il diritto sul legato di pien diritto anche a sua insaputa e senza bisogno di accettazione,[10] ma non contro la sua volontà: egli ha la facoltà di rifiutarlo.[11]

Intorno all'acquisto dei legati meritano speciale attenzione le due espressioni testuali « *dies legati cedit* » (acquisto del diritto sul legato), e « *dies legati venit* » (esigibilità del legato).

---

[1] La clausola codicillare è appunto quella, colla quale il testatore dichiara, che se il suo testamento non potrà valere come tale, valga almeno come codicillo (fr. 29 qui test. fac. poss. 28, 1; fr. 13 de inoff. test. 5, 2),

[2] Fr. 2, 36, de legat. III. cf. nota precedente,

[3] I legati possono lasciarsi anche sotto condizione risolutiva (c. 26 Cod de legat. 6, 37 cf. fr. 55 de legat. 1).

[4] Se il legato è modale, l'onerato soddisfacendo il legato stesso può pretendere cauzione per l'adempimento del *modus*; e chiedere la restituzione di ciò che diede nel caso di inadempimento.

[5] Per esempio: *Lego a Sempronio mille scudi perchè mi servì fedelmente.*

[6] Fr. 17 § 3 de cond. et demostr 35, 1.

[7] Fr. 17 § 2, fr. 74 § 6 de cond. et dem. 3, 5.

[8] Per esempio: *Lego a Sempronio la mia casa che comprai da Tizio*

[9] § 30 I. de legat. 2, 20; fr. 93 § 1 de legat. III. — Nel resto valgono per le condizioni, il termine e il modo, i principî generali e le regole proprie di queste modalità quando sono apposte all'istituzione dell'erede (Vedi Parte I. § 27, 28, e Parte II. § 187).

[10] Fr. 77 § 3 de legat. II; fr. 16 § 1 qui test. fac. 28, 1. fr. 24 pr. de O et A.

[11] Fr. 38 § 1, fr. 44 § 1, fr. 86. § 2 de legat, I.

*Dies legati cedit* significa che è giunto il momento, nel quale il legatario ha acquistato il diritto sul legato, attalchè può trasmetterlo a' suoi eredi.[1] Di regola ciò avviene alla morte del testatore:[2] dissi *di regola*, poichè se il legato venne lasciato sotto condizione sospensiva, il legatario non acquista il diritto su di esso se non dal momento in cui la condizione si purifica;[3] e se si tratta di legato da cui debba dipendere un diritto inerente alla persona del legatario, p. e. il legato di un usufrutto, esso non si acquista che al momento dell'adizione dell'eredità.[4]

*Dies legati venit* significa, essere giunto il momento nel quale il legatario può esercitare il suo diritto, esigendo la prestazione del legato.[5] Il legatario non può esercitare questo suo diritto se non dopo l'adizione dell'eredità:[6] circostanze particolari, p. e. un termine apposto dal testatore, possono cagionare un ritardo ancora più lungo.

## § 216.
### Effetti dell' acquisto dei legati.

*Diritti del legatario.* — L'acquisto del legato procura necessariamente al legatario un diritto di credito contro l' onerato, il quale è obbligato *(quasi ex contractu)* all' esecuzione del legato, e può esservi astretto con un' azione personale, detta *actio personalis ex testamento* od *actio legati.*[7] Se però il legato ha per oggetto una cosa determinata del testatore (*species*), questa diventa di pien diritto proprietà del legatario, il quale può rivendicarla da qualunque possessore.[8] Lo stesso principio si applica al legato di un diritto reale frazionario, p. e. di un diritto di servitù sopra una cosa appartenente al testatore, e la corrispondente azione è l' *actio confessoria.*[9]

---

[1] CEDERE DIEM *significat incipere deberi pecuniam.* (fr. 213 de V. S).

[2] Fr. 5 pr. quando dies legati cedat 36. 2: " *Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum.* "

[3] " *Sed si sub conditione sit legatum, non prius dies cedit, quam conditio fuerit adimpleta* (fr. 5 § 2 cit.)

[4] Fr. 9 quando dies legati cedit, 36, 2.

[5] VENIRE DIEM *significat, eum diem venisse, in quo pecunia peti possit.* C. fr. 213 pr. de V. S.)

[6] " *Omnia quæ testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditæ hereditatis præstentur* " (fr. 32 pr. de lagat. II). — Cod. civ. ital. art. 862-865.

[7] C. 1 comm. de legat. 6, 43. Vedi sopra § 199.

[8] C. 3 § 2 comm. de legat. 6, 43 cf. § 2; I. de legat, 2, 20.

[9] Fr. 80 de legat. II; C. 1-3 comm. de legat. 6, 43.

In garanzia de' suoi diritti, il legatario ha un' ipoteca legale sui beni ereditari pervenuti alla persona onerata del legato.[1]

*Diritti dell' onerato.* — Il legatario non può mettersi arbitrariamente nel possesso della cosa legata, e se lo fa, l' onerato ha l' interdetto *quod legatorum* per ottenere la restituzione della cosa o il risarcimento di tutti i danni.[2] L'onerato ha inoltre diritto al rimborso delle spese fatte per la cosa legata;[3] e da ultimo quando l' eredità è troppo aggravata, ha il diritto importantissimo di ritenere la quarta Falcidia, della quale si parlerà nel paragrafo seguente.

## § 217.

### Della legge Falcidia.[4]

*Cenni storici.* — La legge delle XII Tavole permetteva al testatore di esaurire tutto il suo patrimonio in legati.[5] Di qui l'inconveniente che l' erede rifiutasse l' eredità, perchè non aveva nessun interesse ad accettarla, e il testamento rimanesse privo d' effetto (*destitutum*).[6] La prima legge che tentò di porre un argine a quella sfrenata libertà di testare fu la legge *Furia testamentaria* della prima metà del sesto secolo, la quale vietò di acquistare un legato che superasse 1000 assi.[6] Questa legge non ottenne l' intento, perchè, moltiplicando i legati di mille assi, poteva il testatore consumare il suo patrimonio. A raggiungere meglio l' intento fu promulgata nell' anno 585 di Roma la legge *Voconia*, la quale, mentre permetteva a chi lasciava una sostanza superiore a 1000 assi di ordinare legati di qualunque somma, ordinava però che niuno potesse acquistare per legato più di quanto acquistava l' erede;[8] ma anche tale legge tornò insufficiente, perchè il testatore facendo molti piccoli legati poteva lasciare presso che nulla all'erede. Fu allora emanata la legge *Falcidia* (dell'anno 714), la quale abrogò le due leggi precedenti ed ordinò che l' erede avesse in ogni caso diritto alla quarta parte della sua porzione

[1] C. 2 comm. de legat. 6, 43 cf. § 2 I. h.t .

[2] Dig. 43, 4; Cod. 8, 3.

[3] Fr. 58-61 de legat. I.

[4] Inst. de leg. Falc. 2, 22; Dig. ad leg. Falc. 35-2. — ARNDTS-SERAFINI § 561.

[5] " *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* " (ULP. XI. 14 GAI. II. 224).

[6] GAI. II. 224).

[7] Erano eccettuati da questo divieto i congiunti fino al sesto grado, compreso il *sobrinus a sobrino natus* (GAI. II. 225; ULP. XXVIII. 7; Vat. fragm. 301).

[8] GAI. II. 226.

ereditaria, deducendo, ove fosse d'uopo, dai legati impostigli tanto quanto mancasse a formarla.

*A chi competa la quarta Falcidia.* — La quarta Falcidia compete ad ogni erede, testamentario o legittimo, [2] non già al legatario ed al fedecommissario, ancorchè fossero essi pure gravati di legati o di fedecommessi. [3] Esistendo più coeredi, la legge Falcidia ha luogo per ciascun coerede separatamente, [4] e se viene a mancare uno dei coeredi, cosicchè la sua porzione ereditaria accresca quella degli altri, si devono fare le seguenti distinzioni: 1° Se una parte aggravata di qualche onere si unisce a quella che non è gravata, quest' ultima rimane intatta come per lo innanzi, e la quarta si deduce dalla porzione aggravata: 2° se amendue le porzioni sono aggravate di qualche onere, la quarta si deduce separatamente da ciascuna; 3° se infine una porzione libera va ad accrescere quella che è gravata, siccome v' è tutto profitto, le due porzioni si confondono, e la quarta non può dedursi che nel caso che gli oneri eccedano i tre quarti del totale. [5]

*Quali oneri sieno soggetti alla riduzione..* — In diritto nuovo soggiacciono a riduzione i legati, i fedecommessi singolari, e le donazioni in causa di morte e le donazioni fra coniugi. [6]

*Calcolo della quarta Falcidia.* — Per calcolare se all' erede resta libera la quarta, è necessario constatare lo stato attivo e passivo dell' eredità nel momento della morte del testatore, senza riguardo agli aumenti ed alle diminuzioni posteriori a quell' epoca. Dall' attivo si detraggono tutti i debiti, le spese di inventario e di successione. L' attivo così depurato va poi diviso in maniera che un quarto resti libero all' erede, e tre quarti vengano scompartiti fra i legatari. [7] Se questi tre quarti dell' attivo non bastano a

---

[1] Gai. II 227; Ulp. XXIV. 32; fr. 1 pr. h. t.

[2] In origine la Legge Falcidia non competeva che agli eredi testamentari (fr. 1 h. t.) ma un rescritto di Antonino Pio la estese agli eredi legittimi (fr. 18 h. t.)

[3] Fr. 47 § 1 h. t.; fr. 22 § 5, fr. 55, § 2 ad Sc. Treb. 36 1.

[4] Fr. 77 h. t.

[5] Fr. 78, 87 § 4, h. t.

[6] In origine la legge Falcidia non si applicava che ai *legati* (Gai. 227, fr. 1 h. t.); ma il principio che le servì di base fu generalizzato e si estese a tutte le acquisizioni per causa di morte (Gai. II. 254, Paul. III, 8 1, IV. 3, § 3; fr. 77 h. t., c. 5 ad leg. Falc. 6, 50, fr. 32 § 1 de donat. int. vir. et ux. 24, 1).

[7] Fr. 1 § 19, fr. 36 § 2, fr. 39, fr. 72 h. t

pagare per intiero i legati,[1] essi vengono ridotti in proporzione della loro stima,[2] ammenochè il testatore non avesse dichiarato quali dei legati dovessero andare sottoposti a riduzione.[3]

L'erede deve imputare nella quarta dovutagli quello che riceve come erede, non quello che acquista come legatario: laonde se egli è stato onorato di un prelegato, non lo imputa che per quella porzione che come erede dovrebbe pagare a se stesso.[4]

*Eccezioni.* — La deduzione della quarta non ha luogo: 1° nel testamento dei militari, 2° se il testatore l'ha vietata, 3° se l'erede vi ha espressamente o tacitamente rinunciato, 4° se l'erede ha trascurato di fare l'inventario, 5° nel fedecommesso universale quando l'erede è stato costretto ad accettare l'eredità,[5] e finalmente in alcuni casi di legati privilegiati.[6]

## § 218.

### Dell'invalidità dei legati.

Un legato può essere nullo radicalmente se manchi d'una delle condizioni essenziali alla sua validità, o divenire invalido dappoi.

Il legato al quale manchi uno dei requisiti essenziali alla sua validità, o perchè fatto da un incapace o in favore di un incapace, o perchè non ha oggetto, o finalmente perchè presenta un vizio di forma, è giuridicamente inesistente, e rimane tale comunque in seguito venga a cessare la causa della sua nullità. È questo un principio generale[7] che applicato ai legati venne da Catone formolato in questi termini: « un legato che sarebbe stato nullo se il testatore fosse morto subito dopo averlo ordinato deve rimanere nullo qualunque sia l'epoca della sua morte.[8] » Questa formula ebbe il nome di regola Catoniana.

Un legato può divenire invalido in seguito di tempo per *ademtio*, *translatio*, *exstinctio* e per altre cause meno importanti.

---

[1] Ciò che si dice dei legati vale anche pei fedecommessi e per le donazioni in causa di morte.

[2] Se fra i legati ve ne sono alcuni di alimenti, di usufrutto o di prestazioni vitalizie, queste si devono stimare secondo la presunta durata della vita del legatario, fr. 68 *h. t.*

[3] Fr. 54, 88 § 2, h. t.

[4] Fr. 74, 76, 86, 91 h. t.

[5] V. più sotto § 223.

[6] ARNDTS SERAFINI, *Pandette* § 446.

[7] " *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest* " (fr. 29, 201 de reg. iur. 50, 17).

[8] Fr. 1 pr. de reg. Caton. 34, 7.

*Ademtio (revoca)*. — Nel diritto nuovo i legati possono essere rivocati per qualunque manifestazione di volontà espressa o tacita.[1] Un caso di revoca tacita del legato è l'alienazione volontaria dell'oggetto legato, fatta senza necessità.[2]

*Translatio*. — La translazione è nella teoria dei legati ciò che è la novazione nelle obbligazioni: essa è la sostituzione di un legato nuovo all'antico, e si opera in quattro modi, cioè cambiando la persona del legatario, o quella di colui che deve prestarlo, o la cosa legata, o la modalità della disposizione.[3]

*Extinctio*. — Il legato si estingue per le seguenti circostanze indipendenti dalla volontà del testatore: 1° se il testatore perde la testamentifazione; 2° se viene a mancare l'onerato, senza che un altro subentri in suo luogo e vece; 3° se il legatario premuore al testatore, o se sopravivendogli muore prima di avere acquistato il diritto al legato e senza avere un collegatario: 4° se non si verifica la condizione dalla quale dipende l'acquisto del legato; 5° se la specie legata perisce senza colpa dell'erede; 6° se il legatario ha già acquistato a titolo lucrativo la medesima cosa che gli venne legata, e 7° finalmente se diviene invalido il testamento che contiene il legato.[4]

Vi sono poi alcuni casi in cui il legato si ritiene per non scritto,[5] ed altri in cui viene sottratto al legatario come indegno.[6] Quest'ultimo caso torna, di regola, a vantaggio dell'onerato, poichè non è più obbligato a prestarlo. Può darsi tuttavia che il testatore abbia sostituito un altro legatario, come può avvenire che il legato passi al collegatario per diritto di accrescimento.

## § 219.

### Del diritto di accrescimento.

Il diritto di accrescimento fra collegatari ha luogo quando un medesimo legato è fatto a più persone, una delle quali venga a

[1] Nell'antico diritto la revoca di un legato doveva essere fatta colle stesse formole solenni ch'erano state adoperate nell'ordinario (Ulp. 29). Colla fazione di un nuovo testamento non solo è tacitamente e per intiero revocato l'anteriore, ma anche sono rivocati i codicilli anteriori, come pure i testamenti muniti della clausola codicillare, semprechè non risulti una contraria volontà del testatore. Un nuovo codicillo non estingue il precedente se non in quanto il contenuto dell'uno è inconciliabile con quello dell'altro.

[2] Fr. 18, 24 § 1 de adim. leg, 34, 4 Vedi sopra § 212.

[3] Fr. 6 pr. de adim. leg. 34, 4.

[4] Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 552.

[5] Tit. Dig. 34, 8, de his q. pro non script. hap.

[6] Vedi più sotto § 226.

mancare prima di avere acquistato il diritto sul legato stesso.

Nel diritto antegiustinianeo il diritto di accrescimento non aveva luogo che nei legati di proprietà,[1] non mai in quelli di obbligazione:[2] Giustiniano lo estese a tutti.[3]

Perchè possa farsi luogo al diritto di accrescimento fra collegatari, è necessaria la vocazione all'identico legato. Legati distinti non si accrescono mai l'uno all'altro, per la semplice ragione che il legatario non ha, come l'erede, diritto all'universalità della successione. Per conseguenza non puo parlarsi di accrescimento fra collegatari se non quando sieno *re coniuncti;* lo sieno o no anche *verbis* poco monta: quelli invece che sono congiunti soltanto *verbis* o non sono congiunti nè realmente nè verbalmente non hanno mai diritto all'accrescimento.[4]

I collegatari congiunti soltanto per l'identità della cosa loro lasciata (*re coniuncti*) acquistano la parte vacante ancorchè non la vogliano, ma senza oneri, perocchè essi sono separatamente chiamati alla totalità della cosa; quelli che sono onorati del medesimo legato nella medesima proposizione acquistano la parte vacante se a loro piace, ma coll'obbligo di sopportare l'onere del quale è stata gravata dal testatore.[5]

## § 220.

### Di alcuni legati in particolare.

*Legatum speciei.* — Se oggetto del legato è una cosa individualmente determinata, questa dev'essere consegnata al legatario nello stato in cui si trova al momento in cui il legato è esigibile quando anche siasi nel frattempo deteriorata purchè senza colpa dell'erede; per conseguenza, quando si tratta di fondi, colle rispettive servitù prediali che ad essi o su di essi competono.[6]

---

[1] GAI. II, 199, 223; ULP. XXIV, 12.

[2] GAI. II, 205; ULP. XXIV, 13.

[3] § 8 I, de legat. 2, 20; c. un. § 11 de caduc. toll. 6, 51.

[4] Fr. 84 § 12 de legat I. Vedi ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 556, n. 5. Ma se per regola generale fra i collegatari congiunti soltanto nelle parole non si fa luogo al diritto di accrescimento, questa regola vale solo nei casi dubbi, ma cessa di fronte all'intenzione contraria del testatore, dappoichè nelle disposizioni di ultima volontà tutto dipende dall'interpretare la presunta volontà dei testatori. È colla scorta di questo principio che va spiegata la decisione di GIAVOLENO nel fr. 41, pr. de legat. II, sul quale rimandiamo a quanto abbiamo detto nell'*Archivio Giuridico* XIV. 42 seg.

[5] C. un de cad. toll. 6, 51 cf. fr. 34 de legat. I. — Vedi sul diritto di accrescimento fra collegatari la mia disssertazione nell'*Archivio Giuridico* XIV, 38-54.

[6] Fr. 24 § 2, fr. 45, § 2, fr. 69, § 3 de legat. 1., fr. 29 de legat. II, fr. 16, 91 § 3-6 de legat. III. Se la cosa è gravata di enfiteusi, superficie, ipoteche o di una servitù personale, valgono i principî esposti al § 113. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 569.

[7] § 18, I. de legat. 2, 20; fr. 21 de legat. I. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 53[illegible].

*Legatum universitatis.* — Se oggetto del legato è una universalità di cose, p. e un gregge, il legatario ha diritto a tutte le cose che al momento della morte del testatore formavano parte del tutto. [7]

*Legato di una somma o quantità.* — Se venne legata una determinata somma o quantità di cose fungibili, senz'altra limitazione, il legatario vi ha diritto anche nel caso che nell'eredità non esistano cose di quel genere: [1] se non è determinata la *qualità*, sta in arbitrio dell'onerato di dare le cose di quella qualità che più gli aggrada. [2] Se vennero legate cose fungibili senza indicazione della *quantità*, il legatario ha diritto a quelle che si trovano nell'eredità. [3]

*Legato di una rendita.* — È questo il legato di cose fungibili la cui prestazione deve rinnovarsi ad epoche periodiche (*legatum annuum, menstruum*). Esso costituisce tanti legati, quante sono le prestazioni periodiche da farsi, [4] e ciascuno di essi ha il suo proprio termine. Salva una disposizione contraria del testatore, il legatario acquista il diritto al legato di ogni singolo periodo, tostochè questo è incominciato. [5]

*Legato di alimenti.* — Anch'esso, al pari del legato periodico, comprende tanti legati quanti sono i periodi nei quali gli alimenti devono essere prestati: [6] in dubbio dura tutta la vita del legatario. [7] In mancanza di particolari disposizioni, il legato di alimenti contiene vitto, vestiario, abitazione, ma non le spese di educazione. [8] Esso è valido, sebbene lasciato a persona incapace di essere erede; [9] se lasciato fino alla pubertà del legatario, si intende alla *plena pubertas* [10] (cioè a 18 anni nei maschi ed a 14 nelle femmine); ed una revoca generale dei legati non si estende in dubbio a quello degli alimenti. [11]

*Legatum generis.* — Se il legato ha per oggetto una cosa determinata soltanto per i suoi caratteri generici, p. e. un ca-

---

[1] Fr. 3, pr. de trit. leg. 33, 6.
[2] Fr. 4 eod.
[3] Fr. 1-6 eod. cf. fr. 51 de legat. I. — Arndts-Serafini, *Pandette*, § 571.
[4] Fr. 10, 11 quando dies 36, 2.
[5] Fr. 4, 5, 8, 11, 22, de ann. leg. 33, 1; Arndts-Serafini, *Pandette* § 572. Cod. civ. art. 867.
[6] Fr. 20, quando dies 36, 2.
[7] Fr. 26. l. c.
[8] Fr. 6, 7, 21, 23, de alim. 34, 1; Cod. civ. art. 846.
[9] Fr. 11, de alim. leg. 34, 1.
[10] Fr. 14, § 1, h. t.
[11] Fr. 18, § 3, h. t. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 533.

vallo, la scelta spetta in dubbio al legatario, ma non si esercita che sugli oggetti del genere indicato che si trovano nell' eredità. [1] Ma se anche non esistessero cose del genere indicato nell'eredità, il legato sarebbe nondimeno valido, semprechè non manchi della determinazione sufficiente [2] o non sia manifesta un'intenzione contraria del testatore.

*Legato di diritti reali.* — Il testatore può legare un diritto reale che gli compete sopra una cosa altrui, semprechè sia alienabile, [3] p. e. un diritto di pegno, di enfiteusi o di superficie, [4] come può svincolare la cosa del legatario dai diritti reali che gli competono su di essa. [5] Il testatore può anche costituire diritti reali, [6] nel qual caso, se la cosa appartiene all' eredità, il legatario acquista immediatamente il diritto reale: [7] mentre, se la cosa appartiene all' onerato, il legatario non ha che un' azione personale per ottenere la concessione, e se appartiene ad un terzo, l' onerato ha l' obbligo di procurare al legatario il diritto reale sulla medesima o di pagargli il valore a ragione di stima. [8] Se venne legata una servitù personale, il legatario non acquista il diritto sul legato se non dopo l' adizione dell' eredità. L'usufrutto può essere lasciato a più persone in comune, nel qual caso si ammette il diritto di accrescimento anche dopo che tutti i legatari l' abbiano acquistato. Si può lasciare ad uno l' usufrutto, ad un altro la proprietà, od anche legar a qualcuno una cosa con deduzione dell' usufrutto, nel qual caso vi ha un legato tacito dell' usufrutto a favore degli eredi. Finalmente si può legare anche l'usufrutto di un' eredità o di una porzione ereditaria. [9]

---

[1] Il legatario però non può scegliere la cosa ottima, salvochè non gliene sia stato conferito il diritto (vedi in fine di questo alla pag. seg.), come pure l' erede, se la scelta spetta a lui, non può obbligare il legatario a ricevere la peggiore. — Vedi § 22, I. de legat. 2, 20; fr. 71 pr. de legat. I. Arndts-Serafini, *Pandette* § 574. Pel Cod. civ. it. la scelta spetta per regola generale all' erede, il quale non è obbligato a dare l' ottima nè può offrirla d' infima qualità (art. 870). Sul legato di cosa o quantità da prendersi da un certo luogo vedi Bianchi nell'*Archivio Giuridico* (IX, 510-520), e sul diritto di scelta della cosa legata la dotta monografia del De Gioannis nello stesso *Archivio* (XIV, 121-167; 331-438).

[2] Fr. 69, § 4 de iure dot. 23, 3.

[3] § 4 I. de servit. 2, 3; § 3 de usufr. 2, 4; c. un. comm. de leg. 6, 43.

[3] § 4 I. de servit. 2, 3; § 3 de usufr. 2, 4; c. un. comm. de leg. 6, 43.

[4] Fr. 71, § 6 de legat. I; fr. 1, § 7 de superf. 43, 18.

[5] Fr. 71, § 5, fr. 86 § 4 de legat. I.

[6] Vedi *Parte Prima*, § 83, 88, 90, 94.

[7] C. 1, comm. de leg. 61, 43 e nota precedente.

[8] C. de usufr. 7, 1. Valgono anche qui i principî relativi al legato di cosa altrui (§112).

[9] Vedi su tutto questo Arndts-Serafini *Pandette*, § 575.

*Legatum nominis.* — Il testatore può legare il credito che ha verso un terzo.[1] Tale legato, perciò detto *nominis*, non trasferisce direttamente il credito al legatario, ma l'erede è obbligato a cedergli le azioni contro il debitore:[2] nel diritto nuovo il legatario può, anche senza cessione, far valere il credito con un' *actio utilis.*[3] Il legato di credito è nullo se nulla è dovuto, e si estingue se il debito è stato pagato prima della morte del testatore,[4] salvochè non risulti dalle circostanze che il testatore ha ricevuto il pagamento senza l'intenzione di rivocare il legato.[5] S'intende poi da sè che il legatario conserva la sua azione, se il debito fu pagato all'erede.[6]

*Legatum liberationis.* — Il testatore può lasciare il suo credito allo stesso debitore,[7] vale a dire liberarlo da un debito che ha verso di lui. Tale legato conferisce al legatario il diritto di chiedere dall'erede la sua liberazione, quando non preferisca di respingere con un'eccezione l'erede che chiedesse il pagamento.[8] Anche questo legato diventa inefficace se il debito fu pagato al testatore: che se il legatario, nulla sapendo del legato, ha erroneamente pagato il debito all'erede, ha diritto alla ripetizione.[9] È nullo il legato, se il supposto credito punto non esiste.[10]

Tanto il legato di credito, quanto quello di liberazione possono riferirsi a crediti d'altra persona, che non sia il testatore, cioè a crediti dell'erede o di terzi.[11]

*Legatum debiti.* — Se il testatore lascia per legato al suo creditore ciò di cui gli va debitore, il legato vale se, sotto un rapporto qualunque, il credito nascente dal legato presenta un vantaggio di fronte al credito che già apparteneva al legatario;[12]

---

[1] Sul legato di credito dell'erede vedi la nota 11.

[2] § 21, I. de leg. 2, 20; fr. 44, § 6 de legat. I.

[3] C. 18 de legat. 6, 37.

[4] Fr. 75, § 1, 2, fr. 82, § 5 de legat. I, Cod. civ. art. 844.

[5] Per es. se il testatore ha messo da parte la cosa o la somma pagatagli spontaneamente dal debitore (fr. 11, § 13, fr. 64 de legat. III cf. fr. 31 § 3 de adim. legat. 34, 4).

[6] Fr. 21, § 2 de liberat. leg. 34, 3. — Arndts-Serafini, *Pandette*, § 576.

[7] D. de lib. leg. 34, 3. Vedi appresso nota 10.

[8] Fr. 3 § 3, fr. 7, § 1, fr. 22 l. c. Vedi la nota 11.

[9] Fr. 7, § 4-7 l. c. fr. 26, § 6 de cond. ind. 12, 6.

[10] Fr. 75 § 2 de legat. I; fr. 25 de lib, leg. 34 3.

[11] Il testatore può p. e. imporre all'erede di cedere un suo credito al legatario, nel qual caso quest'ultimo non ha diritto che alla cessione delle azioni; o può imporgli di liberare il legatario da un debito che questi ha verso l'erede.

[12] Il legato di debiti può esser vantaggioso al creditore, inquantochè rimuove le eccezioni che il debito poteva patire, rende puro ed esigibile subito il credito soggetto a condizione od a termine, conferisce un diritto d'ipoteca a garanzia di un credito puramente chirografario.

altrimenti è nullo per mancanza d'interesse.[1] Il legato di debito è valido anche nel caso che il supposto debito non esista,[2] semprechè non manchi della necessaria determinazione.[3]

*Legato alternativo e di scelta.* — Il legato può essere diretto ad una di più cose o prestazioni, a scelta. Il testatore può accordare la scelta a chi gli aggrada.[4] Se vennero lasciati oggetti o diritti ereditari, la scelta spetta, in dubbio, al legatario,[5] negli altri casi all'onerato.[6]

Se viene espressamente conferito al legatario il diritto di scegliere fra più cose di un dato genere, il legato dicesi più propriamente *legatum optionis seu electionis*, e il legatario può scegliere a suo piacimento quella fra le cose ereditarie del genere indicato che più gli aggrada, fosse anche la migliore, mentre nel legato di un genere ha bensì in dubbio la scelta fra le cose esistenti ma non può senz'altro scegliere la migliore, come all'incontro l'erede che ha simile diritto non può consegnare la peggiore[7]

## CAPO X.

### DEI FEDECOMMESSI UNIVERSALI.

### § 221.

### Nozione e storia del fedecommesso universale.

Il fedecommesso universale è quella disposizione d'ultima volontà, colla quale il testatore incarica il suo erede di restituire tutta o parte dell'eredità ad un terzo. L'erede a cui è affidata questa commissione chiamasi *fiduciario*, e il terzo, a cui deve farsi la restituzione, *fedecommessario*.

Nel diritto antegiustinianeo si distingueva il legato di quotità *(partitio legata)* dal fedecommesso dell'eredità *(fideicommissum hereditatis)*.

---

[1] § 14, 15, I. de legat. 2, 20; fr. 11, 28, § 3 de lib. leg. 34, 3.

[2] P. e. *Lego a Sempronio le 1000 lire che gli devo* (§ 15 1, de legat, 2 20; fr. 75 § 1 de legat. I, fr. 88 § 10 de legat. II; fr. 25 de lib. leg. 34, 3.

[3] P. e. *Lascio a Tizio quello che gli devo.* Se nulla gli deve, il legato è nullo (Vedi la nota precedente).

[4] Fr. 84, § 9, 11 de legat. 1; c. 3, § 1 comm. de leg. 6, 43.

[5] Fr. 34, § 14, fr. 108, § 5 de legat. I; fr. 23 de legat. II; § 22, I de legat. 2, 20; c. 1 comm. de legat. 6 43.

[6] Fr. 109 § 1 de legat. I: fr. 15, 19, 43, § 3 de legat. II; fr. 29, § 1 de leg. III.

[7] § 23 I. de legat. 2, 20: fr. 2 pr. de opt. leg. 33 5. Vedi più sopra pag. 236 nota 1. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 579 — Sul diritto di scelta della cosa legata in diritto romano e secondo la legislazione italiana è da consultarsi la dotta memoria del De Gioannis nell' *Archivio Giuridico* (XIV, 121-163; 331-438).

*Partitio legata seu legatum partitionis.* — Era lecito al testatore di imporre all' erede di dividere la sua eredità con una terza persona secondo date proporzioni, cioè in parti eguali o disuguali.[1] La persona colla quale l' erede doveva dividere l'eredità chiamavasi *partiarius* (legatario di una parte aliquota dell' eredità), e la parte che l' erede era obbligato a dare al legatario parziario dicevasi *partitio.*[2] Il legatario parziario non era considerato come erede, ma come semplice successore a titolo particolare; quindi l' erede succedeva da solo nei debiti e nei crediti del defunto, egli solo aveva azione contro i debitori dell' eredità e poteva essere convenuto dai creditori della medesima. Per tale motivo si sentiva il bisogno di convenzioni fra l' erede e il legatario parziario, relativamente a tali crediti e debiti ereditari, con le quali l' erede promettesse di dividere quanto avesse riscosso dai creditori, ed il legatario di rimborsare all' erede quella porzione dei debiti ereditari che questi avesse pagato per lui. Tali convenzioni furono rivestite della forma della stipulazione, ed ebbero nome di *stipulationes partis et pro parte.*[3]

Il *legatum partitionis* è sparito nel diritto giustinianeo: esso si considera come un fedecommesso universale.[4]

*Fideicommissum hereditatis.*[5] — In origine l' erede (fiduciario) che era stato incaricato di restituire tutta o parte dell'eredità conservava questa sua qualità di erede anche dopo la restituzione (*semel heres, semper heres*). Questo principio veniva applicato così rigorosamente che solo l'erede fiduciario poteva agire contro i debitori dell' eredità ed essere escusso dai creditori della medesima. Per far passare al fedecommessario i vantaggi ed i pesi dell' eredità, se ne faceva una finta vendita cui si apponevano stipulazioni simili a quelle che si usavano nella vendita vera e propria (*stipulationes emtæ et venditæ hereditatis*). Da una parte l'erede fiduciario stipulava che il fedecommessario lo indennizzerebbe di ciò che egli avrebbe dovuto pagaré come erede e lo garantirebbe delle azioni dei creditori dell' eredità, e dall'altra il fedecommessario stipulava la restituzione di ciò che l'erede avrebbe

---

[1] P. e. HERES MEUS CUM TITIO HEREDITATEM PARTITO. In questo caso, siccome il testatore non aveva fissato la parte aliquota che l' erede doveva pagare al legatario, s' intendeva la metà. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 580 e seg.

[2] GAI. II, 254; ULP. XXV, 15; cf. § 5 I de fid. her. 2, 23.

[3] ULP. XXV, 15; GAI. II, 252; fr. 164 § 2, fr. 165 de V. S. 50, 16.

[4] C. 2 comm. de legat. 6, 43.

[5] Inst. II, 23; Dig. 36 1: Cod. 6, 49.

ricevuto in questa qualità e la cessione delle azioni ereditarie.[1] Questo sistema fu cangiato dai senatoconsulti Trebelliano e Pegasiano, i quali furono alla loro volta modificati da Giustiniano.

Il senatoconsulto Trebelliano, emanato ai tempi di Nerone, proclamò il principio assoluto che dal fedecommesso universale dovesse risultare in tutti i casi una successione a titolo universale con tutte le sue conseguenze. Ed in vero questo senatoconsulto stabilì, che, dopo la restituzione dell'eredità, il fedecommessario avesse utilmente le azioni che prima d'allora spettavano all'erede fiduciario, e viceversa che egli fosse soggetto alle azioni dei creditori. In tal guisa il fedecommessario fu considerato come un erede.[2]

Il senatoconsulto Pegasiano, emanato sotto il regno di Vespasiano, mantenne il principio del senatoconsulto Trebelliano solo nel caso che il fedecommesso fosse tutt'al più di tre quarti dell'eredità;[3] ma ritornò al diritto antico e considerò il fedecommessario come semplice successore a titolo particolare quando il fedecommesso fosse superiore dei tre quarti dell'eredità.[4] Di tal guisa se l'erede fiduciario era stato pregato di restituire tre quarti o meno dell'eredità, il fedecommessario era considerato come erede, e le azioni ereditarie passavano in lui di pien diritto; se invece l'erede fiduciario era stato incaricato di restituire tutta l'eredità o più dei tre quarti della medesima, il fedecommessario era considerato come un semplice legatario, le azioni non passavano in lui nè attivamente nè passivamente, ed era necessario ricorrere alle *stipulationes partis et pro parte* od a quelle *emtæ et venditæ hereditatis*, di cui abbiamo parlato più sopra. La distinzione stabilita dal senatoconsulto Pegasiano, per la quale un fedecommesso di maggiore importanza produceva effetti minori, ed uno di minore importanza effetti maggiori, era evidentemente assai arbitraria, e bene a ragione fu da Giustiniano abolita.

Giustiniano, con una disposizione formale, ristabilì il senatocon-

---

[1] GAI. II, 251, seq.

[2] GAI. II, 253; § 4, I. h. t. fr. 1-7, h. t.

[3] GAI. II, 255; ULP. XXV, 14; § J. h. t.

[4] GAI II, 257. In questo caso, e specialmente quando l'erede fiduciario era incaricato di restituire tutta l'eredità, egli non aveva nessun interesse ad accettare l'eredità, e quindi accadeva di frequente che vi rinunciasse e rendesse senza effetto il fedecommesso. Fu appunto per ovviare a questo inconveniente che il senatoconsulto Pegasiano estese fedecommessi universali la legge Falcidia (vedi § 216), trattando il fedecommessario come un legatario

sulto Trebelliano e decise che qualunque fedecommesso universale dovesse produrre tutti gli effetti di una successione a titolo universale.[1]

## § 222.

### Requisiti del fedecommesso universale.

I requisiti del fedecommesso universale riguardano i subbietti, l'oggetto e il modo di erigerlo.

*Subbietti.* — Le persone che intervengono necessariamente in ogni fedecommesso universale sono: 1° il testatore che lo costituisce (fedecommittente) il quale deve avere la testamentifazione attiva; 2° l'erede fiduciario, testamentario o legittimo, incaricato della restituzione; e 3° finalmente il fedecommessario, al quale deve farsi la restituzione di tutto o di una parte aliquota dell'eredità: questi deve avere la testamentifazione passiva.

*Oggetto.* — Perchè esista fedecommesso universale, esso deve avere per oggetto l'intiera eredità del testatore od una parte aliquota della medesima.[2] Non sarebbe universale se avesse per oggetto beni determinati, fosse pure grandissimo il loro valore, e viceversa il fedecommessso non cesserebbe di essere universale pel solo motivo che il testatore avesse conferito all' erede fiduciario il diritto di trattenere oggetti ereditari ancorchè assorbissero quasi tutta l'eredità o l' usufrutto della medesima.[3]

*Modi di istituire i fedecommessi.* — Il fedecommesso universale può essere ordinato in qualunque atto di ultima volontà, incaricando del medesimo sia l' erede testamentario, sia il legittimo;[4] è valido ancora se senza nessuna formalità il defunto ne incaricò verbalmente l'erede fiduciario, ma in tal caso il fedecommessario non può provare il suo diritto se non deferendo il giuramento all' erede fiduciario.[5]

Si possono ordinare fedecommessi universali puramente e semplicemente, a termine o sotto condizione, e queste modalità producono i medesimi effetti che nei legati: di più possono essere

---

[1] § 7. I. h. t.; c. 7, ad SC. Treb. 6, 49.

[2] Non sarebbe fedecommesso, se l'erede fosse incaricato di restituire l' eredità di un terzo (fr. 27 § 8-10 h. t.); tuttavia se l'erede fosse incaricato di restituire una eredità già devoluta al testatore, e compresa per conseguenza nell'eredità di quest' ultimo, si avrebbe per analogia un fedecommesso universale (fr. 16 § 5. h. t.).

[3] Fr. 1 § 21, fr. 30 § 3 h. t.; fr. 69 ad leg. Falc. 35, 2.

[4] § 2. I, de codicill. 2, 25; § 12 h. t.

[5] § 1,2 h. t.; c. 32, h. t. 6, 42.

ordinati anche tacitamente proibendo ad esempio all'erede istituito di disporre per testamento di ciò che gli viene lasciato, locchè implica un fedecommesso tacito a favore dei suoi eredi legittimi. [1] Se un ascendente ha incaricato un discendente di restituire l'eredità dopo la sua morte, si presume la tacita condizione, che quest'ultimo sia morto senza figli. [2]

## § 223.

### Dell'acquisto dei fedecommessi universali.

Per l'acquisto del fedecommesso universale valgono in generale i medesimi principî che regolano l'acquisto dei legati. Il fedecommessario acquista il diritto sul fedecommesso, *quando dies fideicommissi cedit*, e da questo momento lo trasmette a' suoi eredi; [3] ma perchè possa farlo valere, chiedendo la restituzione di quanto gli fu lasciato, cioè di tutta o di parte dell'eredità, è naturalmente necessario che sia venuto il termine stabilito per la restituzione (*dies fideicommissi venit*). Questo termine è di regola protratto fino alla morte dell'erede fiduciario, e ciò deve ritenersi anche nel caso che l'epoca della restituzione sia stata rimessa nell'arbitrio del fiduciario. [4] Che se non è stato fissato alcun termine, nè espressamente nè tacitamente, il fiduciario deve fare la restituzione immediatamente dopo avere accettato l'eredità: [5] e questa restituzione può essere chiesta dal fedecommessario anche nel caso che l'erede fiduciario non voglia per avventura accettare l'eredità; e, sotto certe date condizioni, perfino nel caso che non sia diventato erede per altri motivi. Secondochè l'erede fiduciario ha spontaneamente accettato l'eredità o non l'accetta, gli effetti sono diversi, come sono diversi nel caso di un fedecommesso successivo. Di essi tratta il paragrafo seguente.

## § 224.

### Diritti ed obblighi dell'erede fiduciario.

*Obblighi del fiduciario che ha accettato l'eredità.* — L'erede fiduciario ha l'obbligo di restituire tutta o parte dell'eredità; può adempirlo o colla consegna effettiva dei beni ereditari, o fittizia-

---

[1] Fr. 74 pr. h. t. cf. fr, 77 § 24 de legat II.
[2] C. 30 h. t. 6, 42; c. 6 de imp. et al. subst. 6, 25.
[3] Fr. 25 pr., fr. 46 h. t. 36, 1; c. 21, h. t. 6, 42.
[4] Fr. 41 § 13 de legat. III.
[5] Fr. 41, § 14 de legat. III (32).

mente con una dichiarazione verbale o scritta che manifesti l'intenzione di restituire. Siffatta dichiarazione basta perchè il fedecommessario possa intentare le azioni che gli competono dopo la restituzione: essa trasferisce perfino la proprietà dei beni ereditarî prima ancora che il fedecommessario ne abbia preso possesso.[1] Il fiduciario risponde del dolo e della colpa lata, e, se non restituisce che in parte, per la diligenza in concreto.[2] Dopo la mora deve risarcire i danni di qualunque natura.[3] Le alienazioni che l'erede fiduciario facesse dei beni ereditarî sono nulle, eccettochè non vi sia stato autorizzato dal testatore o dal fedecommessario, o le abbia fatte per pagare i debiti ereditarî.[4] Se il fedecommesso è limitato solamente a quello che rimarrà dell' eredità alla morte del fiduciario, questi ha facoltà di alienare fino a tre quarti dell' eredità fedecommessaria.[5]

*Diritti del fiduciario.* — L'erede fiduciario fino al giorno stabilito per la restituzione del fedecommesso, resta proprietario dei beni ereditarî e ne percepisce i frutti.[6] Egli ha il diritto di essere rimborsato delle spese necessarie ed utili che ha fatto sulle cose del fedecommesso o per vantaggio del fedecommessario, e di essere liberato dalle obbligazioni che ha assunto nell'interesse del fedecommesso. Egli ha inoltre il diritto di ritenere la quarta parte dell'eredità o della sua porzione ereditaria (*quarta Trebellianica*). Questa quarta Trebelliana non è in realtà che la quarta Falcidia introdotta pei legati a titolo singolare, ed estesa ai fedecommessi universali mediante il senatoconsulto Pegasiano, le disposizioni del quale vennero da Giustiniano fuse con quelle del senatoconsulto Trebelliano, d'onde il nome di quarta Trebelliana.[7] Di qui deriva che valgono anche per essa i principî della legge Falcidia.[8]

*Effetti della restituzione.* — La restituzione del fedecommesso ha per effetto che il fedecommessario è riputato erede della parte di eredità che gli fu lasciata, e conseguentemente il fiduciario

---

[1] Fr. 37 pr. § 2, fr. 38, fr. 40-42, fr. 66, § 1. h. t.
[2] Fr. 22, § 3, h. t.
[3] Fr. 18, 27 § 1, fr. 44 § 1, h. t.
[4] Fr. 38 pr. de legat. III.
[5] Nov. 118 c. 1, 2. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 588.
[6] Fr. 18, 22, § 2. Dig. 36, 1.
[7] Tit. Dig. ad SC. Trebell. 6, 49.
[8] Fr. 1 § 18, fr. 3 § 1, fr. 4, fr. 45 l. c., Nov. 1, c. 2, § 2. — ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* § 584.

non lo è più che per quella che rimane.[1] Secondo questo principio si determinano i diritti delle due parti di fronte ai creditori e debitori dell'eredità ed ai legatari.[2]

*Del caso in cui il fiduciario non accetti l'eredità.* — Se il fiduciario non vuole accettare l'eredità, il fedecommessario può costringervelo; ma in tale caso il fiduciario rimane, attivamente e passivamente, estraneo all'eredità, la quale passa al fedecommessario con tutti i pesi e con tutti gli emolumenti, senza che il fiduciario possa dedurre la quarta Trebelliana.[3] Lo stesso avviene quando il fiduciario si sottrae ad ogni dichiarazione se voglia accettare o rifiutare l'eredità.[4]

*Del fedecommesso successivo.* — Di regola il fiduciario è un erede diretto, ma può darsi anche che sia un erede fedecommessario, dappoichè il testatore può ordinare che il fedecommesso venga restituito dal primo erede ad un secondo, dal secondo ad un terzo e così di seguito. In questo caso si ha un fedecommesso universale successivo ossia una sostituzione fedecommessaria a più gradi, cosicchè se il primo erede fedecommessario non acquista il fedecommesso, il secondo ha senz' altro l'azione contro il fiduciario.

Un caso importante di fedecommesso successivo è quello di famiglia, vale a dire il fedecommesso che il testatore ordina a profitto della famiglia propria o di una famiglia estranea. Salva disposizione contraria, tale fedecommesso passa dapprima all'erede presuntivo *ab intestato* del defunto od al suo parente sopravivente, poi all'erede intestato del primo detentore e così di seguito; ma affinchè i beni fedecommessarî non rimangano per sempre fuori di commercio, Giustiniano stabilì che il fedecommesso si estingue nella quarta mano.[5]

---

[1] Fr. 1 § 19 ut legat. 36, 3.

[2] Consulta Arndts-Serafini, *Pandette* § 585, 586.

[3] § 7 I. h. t., fr. 4, 14 § 4, fr. 16 § 4, fr. 27 § 2, fr. 53 § 2, fr. 59 pr. h. t.

[4] C. 78, 1, h. t. 6, 49. In questo caso l'accettazione si finge avvenuta, allo scopo di mantenere fermo il testamento. Il fedecommessario acquista l'eredità in luogo e vece del fiduciario; anche nei seguenti due casi: 1° Quando il fiduciario è morto in vita del testatore e senza che questi l'abbia saputo; 2° Quando è morto dopo il testatore, ma prima di acquistare l'eredità, semprechè non esista un caso di trasmissione (Vedi Arndts-Serafini, *Pandette* § 587).

[5] Nov. 159 c. 2. Arndts-Serafini, *Pandette* § 588. — Il Cod. civ. italiano ha abolito le sostituzioni fedecommessarie (art. 890 e 900).

## CAPO. XI

## DELLE DONAZIONI IN CAUSA DI MORTE ED ALTRE SUCCESSIONI.

### § 225.

### Delle donazioni e capioni in causa di morte.

*Nozioni e requisiti.* — La donazione in causa di morte è quella la cui efficacia è subordinata alla morte del donante.[1] Di regola essa si fa all'occasione di un pericolo imminente per la vita del donante: questa circostanza però non è essenziale; in ogni caso si estingue se il donatario premuore al donante.[2] Se fu fatta in vista di un determinato pericolo di morte, la donazione si estingue ancora se il donante è scampato a quel pericolo.[3] Per regola generale il donante può revocare a suo arbitrio la donazione.[4]

La donazione in causa di morte si fa nelle stesse maniere delle donazioni fra vivi, ma se non supera il valore di cinquecento solidi, il codicillo tien luogo dell'insinuazione.[5]

*Effetti.* — La donazione in caso di morte è di natura complessa: è una convenzione che ha stretta attinenza coi legati. E difatti essa è assimilata ai legati per ciò che risguarda la capacità d'acquisto del donatario, il rapporto fra lui ed i creditori del donante, il diritto alla porzione legittima, la quarta falcidia, il diritto di accrescimento, la *cautio Muciana* ed *usufructuaria*, ec. Differisce poi dai legati, inquantochè non è una delibazione dell'eredità e non dipende punto dall'adizione della medesima, come non è necessario che vi sia una persona gravata dell'esecuzione della donazione. Così pure non è necessario che il donante e il donatario abbiano la testamentifazione, dacchè la donazione

[1] Vedi più sopra § 80, pag. 125. — ARNDTS-SERAFINI, *Pandette* § 589 e seg.
[2] Fr. 27, 35 § 2. de m. c. don. 39, 6.
[3] Fr. 29 l. c.
[4] Fr. 16, 30 l. c.
[5] C. 4 de m. c. don. 8, 57; Nov. 87 pr.

in causa di morte non può mai formare una successione a titolo universale. [1]

*Mortis causa capiones.* — Si comprendono sotto il concetto di *mortis causa capiones* tutti gli acquisti in causa di una disposizione di ultima volontà, della quale non si aveva il diritto di chiedere la esecuzione.

Appartengono ad esempio a questa categoria: ciò che il padre dà ai poveri in occasione della morte del figlio, ciò che il servo manomesso o il legatario prestano all'erede per obbedire alla condizione loro imposta dal testatore. [2]

## § 226.

### Di alcune altre successioni in causa di morte.

*Beni vacanti.* — Se il defunto non ha eredi, i suoi beni vacanti passano di regola al fisco il quale entra nell' *universum ius defuncti* come se fosse erede, e quindi gli succede in tutti i diritti e gli obblighi. [3] Ma se il fisco lascia trascorrere un quadriennio senza appropriarsi i beni vacanti, i possessori di questi beni non possono essere convenuti da lui colla petizione di eredità. [4] Vi sono persone che in certi casi sono preferite al fisco. [5]

*Erepticium.* — Può avvenire che taluno sia in se stesso capace di succedere a titolo universale e singolare, ma che la legge lo dichiari indegno di ottenere o di conservare i vantaggi dell' eredità o dei legati, in causa della sua riprovevole condotta, specialmente ne' suoi rapporti col defunto. Per tale motivo le cose lasciategli, a titolo universale o singolare, gli vengono sottratte (indigno hereditas vel legatum eripitur), e vanno a profitto, secondo i casi, o del fisco, o del coerede, o dell' onerato, o dell' erede legittimo. Ciò avviene p. e. quando l' erede o il legatario commisero omicidio o tentativo di omicidio contro la persona del testatore, quando mossero ingiustamente una questione di

---

[1] V. su tutto ciò Arndts-Serafini, *Pandette* § 590.
[2] Fr. 8, 38 h. t. 39, 6.
[3] Cod. X, 10; p. 96 § de legat, I. — Arndts-Serafini, *Pandette* § 608.
[4] C. 1 de quadr. praescr. 7, 37.
[5] Vedi più sopra § 194, pag. 198 nota 3, — Arndts-Serafini, *Pandette* § 609.

*status* alla persona che li istituì: quando con violenza o con dolo hanno impedito al defunto di fare testamento o di modificare quello già fatto e in molti altri casi.[1]

---

[1] Vedi Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette* § 520. — Secondo il Codice Civile italiano sono incapaci, come indegni, di succedere: 1° chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta; 2° Chi la avesse accusata di reato punibile con pena criminale, quando l'accusa sia stata dichiarata calunniosa in giudizio; 3° Chi la avesse costretta a far testamento od a cangiarlo; 4° Chi la avesse impedita di fare testamento o di rivocare il già fatto, o avesse soppresso, celato od alterato il testamento posteriore (art. 726). Questa enumerazione però è difettosa come quella che non abbraccia tutti i casi che il legislatore ebbe in vista, esempio il caso di chi avesse *costretto il testatore a rivocare* un testamento già fatto. Inoltre, soppresso nel Codice italiano l'istituto della diseredazione, sarebbe stato opportuno dare maggiore estensione all'istituto dell'indegnità, e ciò tanto più che coll'art. 726 fu ammesso ancora a succedere l'indegno quando la persona della cui successione si tratta ve lo abbia *espressamente* abilitato con atto autentico o con testamento (Vedi nell'*Archivio Giuridico*, Quattrofrati V, 618-627, e Scandiani VIII, pag. 27-41; Pacifici-Mazzoni, Trattato delle Successioni, vol. I).

# INDICE

## Libro Terzo.

### Delle obbligazioni.

## Capo V. — *Della successione nelle obbligazioni.*



## Capo VI. — *Dell'estinzione delle obbligazioni.*



## Capo VII. — *Dei contratti verbali.*



## Capo VIII. — *Dei contratti letterali.*



## Capo IX. — *Dei contratti reali.*



## Capo X. — *Dei contratti consensuali.*



## Capo XI. — *Dei contratti innominati.*



## Capo XII. — *Dei patti.*



## Capo XIII. — *Delle convenzioni accessorie dirette ad assicurare l'esecuzione di una obbligazione.*

Capo XIV. — *Dei quasi-contratti.*



Capo XV. — *Dei delitti e quasi-delitti.*



Capo XVI. — *Delle obbligazioni che nascono da varie cause.*



## Libro Quarto.

## Diritto di famiglia.

Capo I. — *Del matrimonio*



Capo II. — *Dei rapporti fra genitori e figli*



Capo III. — *Della tutela e della cura*

. . . . . . . .

## Libro Quinto.

## Diritto di eredità.

### Capo I. — *Nozioni preliminari.*



### Capo II. — *Della successione testamentaria.*



### Capo III. — *Della successione intestata o legittima.*



### Capo IV. — *Delle successioni necessarie.*



### Capo V. — *Dell'acquisto dell'eredità.*



### Capo VI. — *Azioni risultanti dall'acquisto dell'eredità.*



### Capo VI. — *Del non acquisto dell'eredità deferita.*

### Capo VIII. — *Perdita dell'eredità.*



### Capo IX. — *Dei legati e fedecommessi singolari.*



### Capo X. — *Dei fedecommessi universali.*



### Capo XI. — *Delle donazioni in causa di morte ed altre successioni.*



FINE DELLA PARTE SECONDA ED ULTIMA.

# INDICE
## ANALITICO-ALFABETICO

*(I numeri romani indicano il volume, gli arabi la pagina)*

### A

*B*



*C*

### E

*I*



*J*



*L*

## *M*



## *N*

### Q



### R

S



T

*U*



*V*